DAS
SENATUS CONSULTUM MACEDONIANUM

Inaugural-Dissertation

vorgelegt

der juristischen Fakultät der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

von

Hans Engelhardt

aus Schwabach

Referendar am Amtsgericht Dresden.

Approbiert am 17. Dezember 1929.

Bamberg.

Buchdruckerei Johann Nagengast.

1930.

30:93

Diss. Erlangen 1930.

DAS
SENATUS CONSULTUM MACEDONIANUM

Inaugural-Dissertation

vorgelegt

der juristischen Fakultät der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

von

Hans Engelhardt

aus Schwabach

Referendar am Amtsgericht Dresden.

Approbiert am 17. Dezember 1929.

Bamberg.

Buchdruckerei Johann Nagengast.

1930.

*22054

Referent:

Univ.-Prof. Geheimer Justizrat Dr. B. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

FRATRI MORTUO.

Literaturverzeichnis.

Dietzel, Senatus consultum Macedonianum. Leipzig 1856.

Dueckers, Senatus consultum Macedonianum.

Glück, Erläuterung der Pandekten. Erlangen 1843. Band XIV.

Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887.

Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen. Stuttgart 1882.

Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht. Tübingen 1876, Bd. I.

Pernice, Marcus Antistius Labeo. Halle 1873.

Rabel-Levy, Index Interpolationum. 1929.

Schwanert, Die Naturalobligationen des römischen Rechts. Göttingen 1861.

Siber, Naturalis obligatio. Leipziger rechtwissenschaftliche Studien, Heft 11, Leipzig 1926.

Vassalli, Studi Senesi. XXX.

Windscheid, Lehrbuch der Pandekten.

Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt. Bde. 7. 11. 13, 2. 30. 42. 45.

Vorwort.

Vorliegende Abhandlung soll eine kurz gefaßte, systematische Übersicht über den Sinn, die Voraussetzungen und die Wirkungen des senatus consultum Macedonianum geben. Die Behandlung von Fragen allgemein-rechtlichen Inhalts, welche sich auch bei Darstellung von ius singulare nicht vermeiden läßt, wurde soweit beschränkt, daß das Verständnis des darzustellenden Gegenstandes eben noch als möglich erschien — im übrigen wurde ihre Kenntnis vorausgesetzt. Interpolationen konnten ebenfalls nur insoweit berücksichtigt werden, als sie für den Sinn des Gesetzes erheblich waren und ihre Begründung in den entsprechenden Werken (besonders italienischer Autoren) dem Verfasser nicht entzogen war. — Zitate widersprechender oder ähnlicher Ansichten wie der im Text vertretenen wurden nur bei Konstatierung erheblicher Unterschiede von anderen Meinungen bezw. zur Begründung sehr bestrittener Punkte herangezogen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549613_0071

A.

I. Zeit und Anlaß der Entstehung des SCM.

1. Wann das Gesetz, von dem in dieser Schrift die Rede sein soll, entstanden ist, wissen wir nicht. Den einzigen kümmerlichen Anhaltspunkt, den wir aus ihm selbst entnehmen können, bietet die Tatsache, daß die am frühesten lebenden Juristen, die es bearbeitet haben, Celsus und Neratius waren, deren Lebenszeit etwa unter Domitian bezw. Trajan fällt. Damit ist aber nur sehr wenig gewonnen: Man kann immerhin mit einiger Sicherheit daraus schließen, daß der Senatsbeschluß in die zweite Hälfte des ersten Jahrhunderts n. Chr. anzusetzen ist. — An nicht juristischen Zeugnissen über dessen Entstehungszeit besitzen wir zwei, die sich völlig widersprechen, was denn auch Anlaß zu weitgehendem Meinungsaustausch gegeben hat.

Tacitus sagt von Kaiser Claudius in seinen Annalen (11, 13):

. . . et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum fenori darent,

während Sueton von Vespasian bemerkt (Vita Vesp. c. 11): Libido atque luxuria coercente nullo invaluerat. auctor senatui fuit decernendi, ut quae se alieno servo iunxisset, ancilla haberetur: neve filiorum familias feneratoribus exigendi crediti ius umquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem.

Nun ist ja so ziemlich unbestritten, daß das SCM, wie es uns vorliegt, unter der Herrschaft Vespasians geschaffen wurde. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Frage, welche Bedeutung das taciteische Zitat dann noch haben könne. Nach der herrschenden Meinung, die am ausführlichsten und nachdrücklichsten Huschke (a. a. O. S. 151 ff.) vertritt, ist eine lex Claudia unter Vespasian lediglich nach Voraussetzungen und Wirkungen abgeändert worden. Ein Beweis für diese Ansicht ist jedoch noch fällig. Warum wir sie nicht zu der unsrigen machen können, sei im folgenden kurz dargelegt.

Das SCM führt in seinem Text gleich eingangs die Geschichte des Vatermörders Macedo auf. Das mag als Indiz dafür gewertet werden, daß das Gesetz direkt aus Anlaß und als Folge diese sensationellen Vorkommnisses entstand. — Weiterhin ist im Gesetz oder einem anderen Abschnitt der Digesten oder des Codex mit keinem Wort die Rede davon, daß es nur die Präzisierung oder Erweiterung eines anderen, früheren Gesetzes darstellen sollte. Dann aber — und das dürfte das Ausschlaggebende sein — folgt aus einer Vergleichung der erwähnten Stellen bei Tacitus und Sueton, welche beide ja Nichtjuristen waren, daß letzterer am angezogenen Orte ausdrücklich die gesetzgeberischen Leistungen Vespasians aufzählt und für einen Laien eine bemerkenswert korrekte Fassung des wesentlichen Gesetzesinhalts gibt. Ganz anders Tacitus: Claudius saevitiam creditorum coercuit. Huschke sagt a. a. O. davon: „Der Schriftsteller wägt seine kargen Worte" und baut auf diesen ein ganzes System von Voraussetzungen und Wirkungen einer lex Claudia auf, das wirklich etwas sehr gewagt ist. Ich glaube, wer taciteistischen Stil kennt, betrachtet die „kargen Worte" nicht so sehr als präzis kristallisiertes Ergebnis längeren Nachdenkens über den zu schildernden gesetzlichen Tatbestand, sondern als eine der markig-poetischen Redewendungen des Dichters unter den Geschichtsschreibern, die aber keineswegs geeignet sind, eine Fundgrube für historische Forschungen abzugeben. — Endlich ist noch auf Suetons, des nüchternen Biographen, Worte „coercente nullo" hinzuweisen. Wenn aber bereits Claudius das Darleihen an Hauskinder nach Huschke's Ansicht durch Geldstrafen coercuit, wo lag da der Grund zu einem neuen Gesetz, das, da luxuria coercente nullo invaluerat, unter Vespasian geschaffen werden mußte?

Es ist vergeblich und wird, wenn nicht neue Unterlagen für die eine oder andere Ansicht noch gefunden werden, vergeblich bleiben, die Worte Suetons und Tacitus' unter eine Haube zu bringen. Die Tatsache, daß das Zeugnis des ersteren hier unbedingt glaubhaft ist, dürfte durch obige Ausführungen ausreichend dargetan und die Annahme, daß Tacitus bei der Registrierung des einschlägigen Gesetzes sich geirrt hat, nicht ganz von der Hand zu weisen sein.

2. Den Anlaß zur Entstehung des SCM lesen wir im Gesetze selbst. Ausführlicher schildert ihn Theophilus in der griechischen Paraphrase der Institutionen (Lib. IV. Tit. VII. § 7). Dieser erzählt mit einigem trockenen Humor, wie der

Haussohn Macedo, auf das Hinscheiden seines Vaters hoffend, Darlehensschulden machte und, als dieses Hinscheiden zu lange auf sich warten ließ, auch der Gläubiger zu sehr drängte, seinen Vater kurzer Hand umbrachte. Die früher häufig vertretene Auffassung[1]), daß Macedo der Wucherer gewesen sei und der Verbrecher des SCM nur mit „ille" (quas illi natura administrabat) bezeichnet wird, ist durch die klare Erzählung des Theophilus widerlegt. Das SCM hat also die Eigentümlichkeit, das nicht der das Gesetz entwerfende Konsul diesem seinen Namen gab, sondern der veranlassende Delinquent.

[1]) Die einschlägigen Stellen der in Frage kommenden Schriftsteller sind bei Glück (XIV S. 306) erschöpfend aufgezählt. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, IV, 130, hält die Geschichte von Macedo für eine „alberne byzantinische Legende."

II. Grund und Zweck des SCM.

Jede Rechtsnorm hat einen Grund, verfolgt einen entsprechenden Zweck und weist durch sich selbst ein Mittel zur Erreichung dieses Zweckes nach. Dieser Satz steht gewissermaßen a priori fest, d. h. es ist weder ausreichend noch erforderlich, seine Richtigkeit durch Beispiele darzutun. Ebenso ist gewiß, daß Grund und Zweck jedes Gesetzes außerhalb von ihm liegen, daher nicht selbst rechtlicher Natur sein können. (Sie werden meist aus soziologischen Erwägungen entspringen). Wenn hie und da vom „Rechtsgrund" eines Gesetzes gesprochen wird — das Vorliegen eines solchen für unseren Senatsbeschluß hat z. B. Dietzel behauptet —, so kann damit nur gemeint sein, daß seine Norm sich in schlüssiger Folgerung aus anderen Prinzipien der Rechtsordnung ableiten lasse. — Diese Feststellungen sind erforderlich, damit hier eine eindeutige Antwort auf die Frage nach dem Sinn des SCM, die in so verschiedener Weise von Vielen zu lösen versucht wurde, gegeben werden kann.

Aus der allgemeinen Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder, insbesondere aus ihrer Fähigkeit, Darlehen aufzunehmen, resultiert die große Gefahr ihres sittlichen und wirtschaftlichen Verderbs. Das Darlehen ist ein lockendes Geschäft: Man bekommt Geld auf die Hand gegen die bloße Verpflichtung, es später zurückzuzahlen. Wenn nun Leute einen solchen Vertrag abschließen, die zwar verpflichtungsfähig, aber grundsätzlich vermögensunfähig sind, von denen also zu vermuten ist, daß ihr Verantwortlichkeitsgefühl nicht auf höchster Stufe steht, so bedeutet das für die wirklich Verantwortlichen eine unerträgliche Belastung. Die Integrität der römischen Familie war aber, wie in jedem Staat, die Ursache und Bedingung des Aufstiegs und der Macht des ganzen Volkes. Sie hatte im Rechtsinstitut des paterfamilias, der die Inkarnation des rechtlich allein bedeutsamen und maßgebenden Willens der Familie darstellte, ihren glanzvollen Ausdruck gefunden. Die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder, die gewiß in den Uranfängen des römischen Rechts noch nicht vorhanden war, hatte seine Macht erheblich verringert. Es

war soweit gekommen, daß ihm aus ihr bereits Lebensgefahr erwuchs. — Eine Belastung des Familienvermögens, deren Realisierung vom Ableben des Familienhauptes abhängt, ist unsittlich. Darin lag der wahre Bestimmungsgrund für den Gesetzgeber, das SCM zu schaffen. Auf das Alter des Darlehensnehmers sollte gewiß nichts ankommen: Der minor war ja durch den prätorischen Schutz bereits genügend gegen Übervorteilung gesichert. Hier handelte es sich vielmehr um den Schutz der römischen Familie, die bereits zu Beginn der Kaiserzeit, als Rom noch äußerlich auf dem Höhepunkt seiner Macht stand, in Verfall zu geraten drohte. Es handelte sich um die Aufrechterhaltung der Einheitlichkeit des rechtlich erheblichen Willens in der Familie — womit bestens in Einklang steht, daß ein Gelddarlehen, das vom Haussohn mit Zustimmung des Vaters aufgenommen oder in dessen Interesse verwendet wurde, nicht dem Senatsbeschluß unterstehen sollte. — So ist Grund und Zweck des Gesetzes genügend klargelegt.

Wodurch suchte nun der Senat den Gesetzeszweck am besten zu erreichen? Er hat das an Hauskinder gegebene Darlehen nicht für nichtig erklärt — warum, s. S. 30 —. Er hat vielmehr daraus eine einredebehaftete Verpflichtung entstehen lassen. Dadurch gedachte der Gesetzgeber die feneratores vom Darleihen abzuhalten. Diese sollten ganz und gar dem Edelmut der Verpflichteten ausgeliefert sein — was immerhin geeignet ist, einem wirtschaftlich denkenden Menschen das Geldgeben zu verleiden. Nur so kann die römische Jurisprudenz verstanden werden, wenn sie an verschiedenen Stellen bemerkt, die exceptio SCM sei in odium sive ob poenam creditoris gegeben. Durch das Mittel der „zivilrechtlichen Strafe" einer Klaglosigkeit der Darlehensrückforderung sollten nichtswürdige Darlehensaufnahmen von Hauskindern vermieden werden. Als falsch zu bezeichnen ist jedoch die Ansicht Huschke's, das SCM verfolge die Bestrafung des Gläubigers als Endzweck.[1]) Denn wo gäbe es ein Gesetz — sei es zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Inhalts —, das für jemanden einen Rechtsnachteil vorsähe, wenn nicht im Interesse oder zum Schutze eines höheren Rechtsgutes? Huschke verwechselt offensichtlich den Zweck des Gesetzes mit dem Mittel, durch den es den Zweck zu erreichen sucht. — Es ist ferner ein müßiger Streit, wenn Windscheid (a. a. O. § 373 N. 1) den Grundgedanken des Dietzelschen Buches über das

[1]) So bezeichnet es schon Scaevola in L. 4 D. h. t. als eine „vulgäre" Redensart, wenn man sagt, filiofamilias credi non licere.

SCM deshalb für verfehlt hält, weil es besagen will, der Senatsbeschluß bezwecke den Schutz der Hauskinder und ihrer Väter und nicht die Abhaltung der Gläubiger vom Darlehensgeben. Letzteres ist doch nur das Mittel zur Erreichung des ersteren. — Endlich ist jedoch auch Dietzels Ansicht (a. a. O. S. 16 f, 20 f, 31 f, 65 f) von dem sogenannten „Rechtsgrund" des SCM falsch: ein solcher soll nach ihm rücksichtlich der Hauskinder in ihrer Vermögensunfähigkeit zur Zeit der Darlehensaufnahme gefunden werden, rücksichtlich der Hausväter aber darin, daß die Darlehensschuld nicht Pekuliarschuld ist. Dagegen ist zu sagen, daß aus der Vermögenslosigkeit der Hauskinder, deren Verpflichtungsfähigkeit feststeht, nicht die Klaglosigkeit der Darlehensobligation gefolgert werden kann: eine solche schlüssige Folgerung wäre aber, wie bereits oben gesagt, notwendig zur Statuierung eines Rechtsgrundes. Weiterhin haftet aber der Hausvater de peculio bestimmt nicht nur für Schulden des filiusfamilias, die ex causa peculiari entstanden sind. — Mit der hier vertretenen Ansicht, daß das SCM den Schutz der Familie bezwecke, steht nicht in Widerspruch, daß der gutgläubige Darleiher ein klagbares Rückforderungsrecht aus dem Darlehen erwirbt (vgl. B I 2). Selbst wenn man von dem Prinzip der Rechtssicherheit, das vielleicht bei den Römern nicht so entwickelt war wie es heute ist, absieht, kann man doch diese Bestimmung des SCM auch daraus begründen, daß es seinen Zweck eben nur zunächst durch Einwirkung auf die Gläubiger erreichen will, daß ihm also für die Beurteilung der Verwerflichkeit des Darlehens nur deren dolus — in weiterem Sinn — zu Gebote steht.

B. Voraussetzungen des SCM.

I. Darlehnsqualität des Vertrages.

Das Darlehen muß, damit das SCM anwendbar werde, ein Geld darlehen sein, und zwar ein solches, das wirklich Geld in die Hand des filius-familias bringt. Ob Zinsen verabredet sind oder nicht, ist belanglos. L. 7 § 9 D. h. t. Das SCM sagt nur: qui filio familias mutuam pecuniam dedisset. Dieses Erfordernis wurde von der Rechtswissenschaft, dem Grundgedanken des Senatsbeschlusses gemäß, nach 2 Richtungen präzisiert:

a) Ein Vertrag, der kein Gelddarlehen, ja auch ein solcher, der nicht einmal Darlehensvertrag ist, fällt nur unter das SCM, wenn durch ihn der Erfolg eines Gelddarlehens beabsichtigt wird. Diese Absicht — fraus SCo cogitata oder adhibita — ist natürlich von demjenigen, der sich auf die exceptio SCi beruft, zu beweisen. Also: grundsätzlich kann das Hauskind alle anderen Kontrakte vollwirksam vornehmen, wie z. B. Kauf, Miete, depositum irregulare[1]) (L 3 § 3 D. h. t.), Verbürgung für einen Darleiher (L. 7 pr), Versprechen einer dos für die Schwester während langer Abwesenheit des Vaters[2]) (L. 7 § 2 D. h. t.) und die Expromission eines anderen Darlehensschuldners (L. 13 D. h. t.). Selbst die Stipulation einer aus einem anderen als Darlehens- (z. B. Kauf-)vertrag entstandenen Schuld, die dann natürlich materiell einer mutua pecunia gleichsteht (licet coeperit esse mutua pecunia!), fällt nicht unter das SCM, quia pecuniae numeratio non concurrit, es sei denn, daß die Absicht der Gesetzesumgehung nachgewiesen wird. Dies erscheint mir als die

---

[1]) Dietzels und Mandrys Annahme (a. a. O. S. 83 bezw. 452), ein depositum irregulare unterstehe ohne weiteres dem SCM, ist als unbegründet zurückzuweisen. Warum soll man ein solches Gewaltmittel gebrauchen um das depositum irregulare dem Gelddarlehen gleichzustellen, da es doch lediglich des Nachweises einer fraus SCo adhibita, die in diesem Fall leicht zu erbringen sein wird, bedarf um den Senatsbeschluß anwendbar werden zu lassen?

[2]) Ein zu diesem Zwecke aufgenommenes Darlehen wäre auch aus dem Gesichtspunkt einer versio in rem patris gültig.

einzig mögliche Auslegung der umstrittenen[1]) Stelle L. 3 § 3 D. h. t. Viel zur Verwirrung beigetragen hat L. 3 C. h. t.

Si filiusfamilias aliquid mercatus pretium stipulanti venditori cum usurarum accessione spondeat, non esse locum senatus consulto, quo fenerare filiisfamilias prohibitum est, nemini dubium est: origo enim potius obligationis quam titulus actionis considerandus est.

Das kann doch nur bedeuten: es kommt darauf an, aus welchem Kausalvertrag eine Obligation entstanden ist, nicht aber, unter welchem Klagenamen diese geltend gemacht wird. Und beim SCM muß eben die Obligation des Hauskindes aus einem Gelddarlehen herrühren; belanglos ist dabei die Frage, ob die dieses geltendmachende Klage (condictio certi, und wenn stipuliert, actio ex stipulatu) Gleichklang hat mit einer anderen, die sich auf Stipulation einer Kaufschuld oder dergleichen gründet. Wenn man also den zweiten Satz der L. 3 § 3 dem ersten gegenüberstellt, so will er nur dartun, daß die stipulierte Geldschuld (mit Ausnahme der stipulierten Darlehensschuld) eines Hauskindes an sich nicht dem SCM zuwiderlaufe.

Wenn jedoch bei der, wie oben erwähnt, an sich erlaubten Verbürgung des Hauskindes (L. 7 pr D. h. t.) so verfahren wird, daß das Darlehen, anstatt ihm selbst, mit seiner bloßen Verbürgung einem Attrappe - reus (also in Wirklichkeit doch ihm selbst) gegeben wird, so ist das als Umgehung des SCM aufzufassen und demgemäß dessen Schutz sowohl dem formellen Hauptschuldner als auch dem filiusfamilias zuzubilligen. Ulpian führt diesen Fall einer fraus SCo cogitata wohl nur deshalb besonders auf, weil hier das Hauskind als Hauptschuldner gar nicht auftritt, ihm aber doch das Geld zukommt. Warum es aber der Gesetzgeber hauptsächlich und stets auf letzteren Gesichtspunkt abgesehen hat, erhellt aus Folgendem.

b) Denn auch Gelddarlehen unterliegen nicht dem SCM, wenn sie nicht eine Geldsumme wirklich in die Hand des Hauskindes bringen, die bis dahin nicht zu dessen Verfügung stand. Dies ergibt sich aus der schon zitierten Stelle: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus consultum. Es kommt also auf die tatsächliche Auszahlung des Geldes an. Der Gesetzgeber dachte in erster Linie an die Fälle, wo dem Haus-

[1]) Dietzel S. 75; Dueckers p. 33; Huschke S. 157; Mandry S. 452 f.

kind die ex alio contractu herrührenden Schulden als Darlehen belassen sind. Der erwähnte Grundsatz kommt aber auch in folgenden Fällen zur Geltung:

Falls bei einem stipulierten Darlehen die Stipulation von einem Hauskind gemacht, die wirkliche Geldzahlung aber an den bereits zum paterfamilias „Aufgerückten" bewirkt wurde, fällt der Senatsbeschluß weg (L. 3 § 4. L. 4. L. 6. D. h. t.) — entsprechend tritt er im umgekehrten Falle in Kraft

falls dem Hauskind, das als Bürge oder Korrealschuldner bei einem Gelddarlehen beteiligt ist, die Geldsumme nicht zukam, genießt es den Schutz des SCM nicht (zu schließen aus L. 7 pr § 1 § 8 D. h. t.)

falls ein Hauskind durch Stipulaton die Darlehensschuld eines Dritten übernimmt, ist ausdrücklich bestimmt (L. 13 D. h. t.), daß das SCM hier nicht anwendbar sei, wohl infolge des oben entwickelten Grundsatzes.

Es drängt sich unwillkürlich die Frage auf: Warum legt der Gesetzgeber auf das Prinzip der numeratio pecuniae so großen Wert? Die Antwort darauf gibt er uns selbst, allerdings mit knappen Worten: pecuniae datio perniciosa parentibus visa est. Dietzel interpretiert diese Stelle überzeugend, wenn er einen volkswirtschaftlichen und einen juristischen Gesichtspunkt für die Gefährlichkeit des Bargeldes in der Hand der Hauskinder anführt. Der erste beruht auf der Erkenntnis des Geldes als eines unterschiedslos aufbringbaren, verwendbaren und alles beherrschenden Gutes, welches durch die „bloße" Verpflichtung zur späteren Rückzahlung zu erwerben, einen verantwortungslosen Haussohn stets reizen muß. Weiterhin entspricht der Kauf- oder Mietschuld eines filiusfamilias meist ein Recht des paterfamilias gegen den Vertragsgegner, was beim Darlehen nicht der Fall ist. — Somit ist der Gesetzgeber zu verstehen, wenn er der datio pecuniae (sc. mutuae) eine Sonderstellung gegenüber anderen Verträgen einräumt, bei denen sich die beiderseitigen Verpflichtungen meist auch wirtschaftlich die Wagschale halten.

Wenn nun die unter a) und b) geforderten Voraussetzungen gegeben sind, kann gleichgültig sein:

a) ob das durch das Darlehen erlangte Geld vom Hauskind verausgabt oder z. B. zur Vermehrung des Pekuliums verwendet ist (L. 9 § 2 D. h. t.). Hier liegen zwei widersprechende Stellen vor, welche natürlich diesen klar ausge-

sprochenen Grundsatz nicht erschüttern können. Einmal sagt Marcianus in der L. 47 § 1 D. de solut, 46. 3:

Sic et in filiofamilias putabat (Scaevola) Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam pecuniam acceperit et eam perdiderit.

Also bei der Verwendung des Gelddarlehens für notwendige Zwecke soll das SCM nicht anwendbar sein. Darin ist m. E. ein Fall der versio in rem patris zu sehen, besonders mit Rücksicht auf die ganz ähnlich gelagerten Fälle in L. 7 § 13 D. h. t., L. 3 § 3 de in rem verso 15. 3 (vergl. auch die sog. notwendige Geschäftsführung ohne Auftrag im heutigen bürgerlichen Recht).

Dagegen ist es falsch, auch die L. 7 § 14 D. h. t.

Sie filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui si peteret exceptione non summoveretur, senatus consulti cessabit exceptio

unter die Haube der versio in rem patris bringen zu wollen. Hier liegt m. E. ein klarer Widerspruch zu dem eben unter a) ausgesprochenen Grundsatz vor, der dann die Ausnahmebestimmung als lex specialis — d. i. L. 7 § 14 — vorgehen läßt. Deren Voraussetzungen müssen natürlich von dem bewiesen werden, der sich darauf beruft. - Der Umstand allein, daß in den dem § 14 vorausgehenden §§ von der versio in rem patris die Rede ist, bietet keinen genügenden Grund, von § 14 dasselbe anzunehmen, wo doch sein Wortlaut so klar ist. Ulpian sagt ganz richtig: Wenn der filius familias ein Gelddarlehen aufnimmt und damit exceptionsfreie Schulden wegzahlt, so ist er zwar nicht ungerechtfertigt bereichert, aber doch in seiner wirtschaftlichen Lage grundlos verbessert worden, falls er dann nämlich seinerseits dem Darlehensgläubiger die exceptio SCi entgegensetzen kann. Und deswegen nahm ihm der Gesetzgeber die Einrede. Wenn nun verschiedene Schriftsteller[1]) davon sprechen, daß es sich bei dem § 14 um Schulden des Vaters oder solche Sohnesschulden handle, für die der Vater hafte, so ist ihnen entgegenzuhalten, daß Ulpian von der Haftung des Vaters hier gar nicht spricht; und wenn er davon sprechen würde, müßte er sagen, daß der Vater de peculio nur haften würde, wenn die durch das Darlehen weg bezahlte Schuld des Hauskindes peculio tenus hätte geltend gemacht werden können.[2]) Mithin ist die L. 7 § 14 die einzige

[1]) Schwanert S. 343, Windscheid § 373 N. 11, Glück XIV S. 340, Mandry S. 456.

[2]) so teilweise Dueckers p. 163 sqq.

Durchbrechung des Grundsatzes, daß der Verwendungszweck des Darlehens für die Anwendbarkeit des SCM nicht von Bedeutung ist. Näheres darüber s. unter B. IV.

b) ob einer oder mehrere das Gelddarlehen dem Hauskind gegeben haben. Wäre dies von mehreren solidarisch geschehen, so treffen sie gleichmäßig die Wirkungen des Senatsbeschlusses. Selbst dann, wenn der eine das Geld gegeben hat und ein anderer es stipuliert, sodaß diesem allein die Klage zustehen würde, steht diesem die Einrede entgegen (L. 7 § 7 D. h. t.). Dieselbe Stelle besagt, daß, wenn einer von beiden die Eigenschaft des Darlehensnehmers als Hauskindes entschuldbar nicht kennt, trotzdem auch dieser unter der Kenntnis des anderen zu leiden habe. Diese Folgerung Ulpians wird von Schwanert (S. 358) richtig aus dem Grundgedanken der Einheit des Kontrakts entwickelt. Da die Darlehensrückforderung nicht zugleich eine vollwirksame und eine unklagbare sein kann, ist es im öffentlichen Interesse geboten, sie vollständig dem Senatsbeschluß zu unterstellen. — Übrigens hält Pernice (SZ 13 S. 259) die ganze L. 7 § 7 für interpoliert. Dies dürfte zu weit gehen. Daß severius nicht richtig ist, ist fast allgemein anerkannt. Die richtige Umdeutung in s c verius gibt Huschke (S. 158). Außerdem dürfte m. E. ein Handschriftenfehler eum (sc. filiumfamilias) in eorum verderbt haben; wenn man eum liest, hat ignoravit das erforderliche Subjekt, alteruter ist von einem unnötigen Anhängsel befreit und Pernices Beanstandung der ganzen Stelle wird zum Teil hinfällig.

c) ob das Darlehen mehreren gegeben wurde, von denen nur einer Haussohn ist: bei nicht vorliegender Korrealschuldnerschaft untersteht nur der dem Haussohn zugekommene Teil dem SCM; schulden dagegen die beiden Darlehensnehmer als correi, so kommt es darauf an, wem das Geld zukam. Wenn dem filiusfamilias, so unterliegt der ganze Vertrag der Einrede; wenn dem anderen, ist der ganze Vertrag in Ordnung. Dies ist zu schließen aus L. 7 § 8, der von dem juristisch gleichgelagerten Fall spricht, daß der Darlehensgeber den einen seiner Schuldner, die beide Hauskinder sind, entschuldbar für sui iuris hält.

d) ob der Darlehensgeber eine natürliche oder eine juristische Person ist, z. B. eine civitas (L. 15 D. h. t.). Letzterer kann auch deswegen durch in integrum restitutio — nach dem Recht der minores — nicht geholfen werden,[1]) da sie eine

[1]) anderer Meinung Mandry S. 484.

Regreßklage gegen ihren leichtsinnigen administrator hat, so Huschke S. 159. — Der Grundsatz, daß die juristische Qualität des Darlehensgebers für die Anwendbarkeit des SCM gleichgültig ist, erleidet eine in L. 3 § 2 ausdrücklich ausgesprochene Ausnahme. Wenn nämlich ein minor annis einem großjährigen filiusfamilias ein Gelddarlehen gibt, so soll dem ersteren durch die prätorische in integrum restitutio gegen die Einrede des letzteren geholfen werden (L. 11 § 7 D. 4. 4 — L. 3 § 2 D. h. t.). Dabei ist noch vorausgesetzt, daß überhaupt ein wirksamer Darlehensvertrag vorliegt, was nicht der Fall ist, wenn ein minor annis als Pupill ohne tutoris auctoritas kontrahiert oder ein Haussohn, der auch großjährig sein kann, aus dem seiner Verwaltung unterstehenden peculium ein Gelddarlehen gibt, weil im Ausleihen an einen filius-familias ohne Vorwissen oder allgemeine Ermächtigung des Vaters nicht eine ordnungsmäßige administratio peculii zu erblicken ist. In diesen beiden Fällen besteht also gar kein rechtsgültiges Darlehen und der Eigentümer ist befugt, die Geldstücke zu vindizieren. — Wenn nun der Darlehensnehmer außer filiusfamilias noch minor annis ist, so wird ihm die in integrum restitutio verweigert, da er durch die Einrede des SCM genügend geschützt ist. Dies ist zu schließen aus L. 2 C. de filiof. min. 2,22 (23). — Für den Fall, daß beide Teile minderjährig sind, bestimmt L. 34 D. 4. 4, daß der Klaganspruch des Gläubigers auf die Bereicherung des Beklagten zur Zeit der litis contestatio zu beschränken ist. Denn es soll offensichtlich dem minderjährigen filiusf. als Darlehensempfänger der leichtsinnige Verbrauch des Dargeliehenen nicht zum Nachteil gereichen.

II. Hauskindeigenschaft des Darlehensnehmers.

Der Senatsbeschluß erfordert weiterhin zu seiner Anwendbarkeit, daß das Darlehen einem filiusfamilias gegeben sei; und zwar ist diese Eigenschaft zur Zeit der Darlehensaufnahme von Bedeutung; sie muß weiterhin auch subjektiv in der Person des Gläubigers erfüllt sein, das heißt, dieser muß wissen oder fahrlässig nicht wissen, daß er einem Hauskind leihe; endlich darf sie nicht durch das Vorhandensein eines peculium castrense ausgeschlossen werden.

1. Das Darlehen muß also einem Hauskind gegeben worden sein. — Dabei ist es gleichgültig, ob dieses der Sohn oder die Tochter (L. 9 § 2 D. h. t.) oder der Enkel bezw. die Enkelin (L. 14 D. h. t., L. 6 § 1 C. h. t.) des betreffenden

paterf. ist. Gleichgültig ist auch der Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt sowie deren Dauer (cf. L. 1 § 2 D. h. t.: Wenn ein Adrogierter ein Darlehen aufnimmt und nachher die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangt, sodaß er aus der väterlichen Gewalt entlassen werden muß, so wird der Senatsbeschluß Platz greifen: denn er w a r Haussohn). — Gleichgültig ist auch das Alter des Darlehensnehmers, da dasselbe mit dem Begriff des filiusf. nichts zu tun hat. Natürlich wird das SCM in erster Linie den großjährigen Hauskindern zu gute kommen, da die minderjährigen ja ohnehin durch die prätorische Restitution genügend geschützt erscheinen. — Gleichgültig ist ferner die Lebensstellung des Hauskindes. Dies sagt L. 1 § 3 eindeutig und ausdrücklich. Ob die Geltung dieses Satzes durch L. 7 § 1 C. h. t. durchbrochen ist, wird unter 3. zu erörtern sein. Nur wenn Amt und Würden von der väterlichen Gewalt befreien (cf. Nov. 81 c. 2), kommt der Senatsbeschluß nicht in Frage. — Gleichgültig ist endlich für das durante potestate gegebene Darlehen, ob die väterliche Gewalt später dadurch erlischt, daß der Vater stirbt oder das Bürgerrecht verliert oder der Sohn durch datio in adoptionem einen anderen juristischen Vater bekommt (L. 7 §§ 4. 5 D. h. t.)

Wenn es zweifelhaft ist, ob die väterliche Gewalt zur Zeit des Darlehensabschlusses noch besteht oder nicht — für letzteren Fall wird als Beispiel der Tod des Vaters in Kriegsgefangenschaft angeführt —, ist die Klage aus dem Darlehen vorläufig — d. h. bis zur Klärung der Lage, entweder Kunde vom Tod des Vaters in der Gefangenschaft oder dessen Rückkehr — zu versagen. L. 1 § 1 D. h. t. Daß diese ganze Stelle (Si pendeat — deneganda est actio) interpoliert ist, ist nicht so sicher richtig, wie Beseler (SZ 45 S. 197 s.) angibt. Sachlich ist es jedenfalls richtiger, an dem überlieferten Text festzuhalten. Deswegen erscheint es unangebracht, aus lediglich formellen Gründen die Stelle für interpoliert zu betrachten. Die einstweilige Versagung der Klage bedeutet praktisch weder eine Beschränkung der Fähigkeit des Hauskindes, absente patre ordentliche Darlehen aufzunehmen, noch eine Beeinträchtigung des Gläubigers: denn ersterer wird während der Abwesenheit des Vaters sehr häufig genötigt sein, ordnungsmäßige Darlehen aufzunehmen um laufende Geschäfte zu erledigen. Die exceptio SCi fällt dann aber schon aus dem Gesichtspunkt der versio in rem patris weg (cf. L. 17 D. h. t. L. 2 C. h. t. Nov. 115 C. 3 § 13 usw.). Aus leichtsinnigen Darlehen des Hauskindes absente patre dem Gläubiger eine Klage zu gewähren, entspräche dem Sinn des Gesetzes nicht.

Richtiger mag es erscheinen, mit Ratti (Bull. 35 (1927) 109. 113 sq.) nur die Stelle (nam si recciderit-cessat) zu streichen.

2. Nur wenn der Darleiher wußte oder bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt wissen konnte, daß der Darlehensempfänger alieni juris ist, findet der Senatsbeschluß Anwendung. Dies ist klipp und klar in L. 19 D. h. t. ausgesprochen. Entscheidend ist also der Vorsatz bezw. die Fahrlässigkeit des Darleihers, n i c h t :

a) das objektive Moment der öffentlichen Meinung, die „putative Vermögensfähigkeit" im Sinne Dietzels (S. 26 ff.). Ulpian sagt in der angezogenen L. 3 pr. § 1:

Si quis patrem familias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice pater familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum. unde Julianus libro duodecimo in eo qui vectigalia conducta habebat, scribit . . . cessare senatus consultum.

Also: man darf den Darlehensempfänger nicht aus purer Einfalt oder infolge Rechtsirrtums für sui iuris halten, indem man z. B. annimmt, ein gewisses Alter oder Amt befreie von der patria potestas; für diesen Fall würde dem klagenden Darleiher nach wie vor die Einrede aus dem SCM entgegenstehen. Das „p u b l i c e patrem familias videri" ist aber nicht das wesentliche sondern das „patrem familias v i d e r i" überhaupt; Ulpian führt mit dem agere, contrahere und muneribus fungi nur Hauptbeispiele für rechtlich bedeutsame Funktionen an und sagt: Wenn diese von dem Haussohn vorgenommen werden wie von einem paterf. und er daher allgemein für einen solch engilt, so bietet diese öffentliche Meinung für die Gutgläubigkeit des Darleihers eine ausreichende Grundlage. Auch die — eigentlich nicht gestattete — Zulassung eines Hauskindes zur Pacht von öffentlichen Abgaben sieht L. 3 § 1 D. h. t. als einen der Fälle an, wo der Gläubiger mit gutem Gewissen den Steuerpächter für sui iuris halten kann. Aber man darf nicht vergessen: das sind alles Einzelfälle, welche für die unter L. 19 D. h. t. aufgestellte Regel

Julianus scribit exceptionem senatus consulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filium familias esse eum, cui credebat

nur unanfechtbare Beispiele bieten sollen.

b) Ebenso ist unbeachtlich der dolus des Hauskindes. Die Stelle, worauf sich die Anhänger dieser Theorie (Glück

XIV S. 350, Dueckers p. 147 f. u. a.) hauptsächlich stützen ist L. 1 C. h. t. Si filius cum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, cum se patrem familias diceret, eiusque affirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur. Dies stellt jedoch, richtig betrachtet, wieder nur einen von den zahllosen Fällen dar, wo der Gläubiger durch den Nachweis seines guten Glaubens die Wirkungen des SCM hintanhalten kann. Der Unterschied von den vorigen Beispielen liegt hier nur im Anlaß seines Irrtums: vorhin war dieser das selbständige Auftreten des Hauskindes in der Öffentlichkeit, diesmal ist es dessen betrügerische Versicherung, er sei sui iuris. Aber in dieser liegt gar nicht das Hauptgewicht der L. 1 C. h. t., sondern in dem iusta ratione credidisse edocere posse: der Gläubiger muß beweisen können, daß sein Irrtum entschuldbar war. Nichts anderes will auch diese Stelle besagen.

Daß der Gedanke der L. 19 D. h. t. gegenüber der exceptio SCi mit replicatio durchgeführt wird, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes (cessabit SC, exceptionem SCi nulli obstare usw.) entgegen der Meinung vieler nicht anzunehmen. Diese berufen sich dabei und bei ihrer weiteren Ansicht, daß bei unentschuldbarem, aber auf dolus des Hauskindes beruhendem Irrtum des Gläubigers dieser die an sich begründete Einrede durch replicatio doli bedeutungslos machen könne, auf L. 4 § 14 D 44. 4.

Contra senatus consulti quoque Macedoniani exceptionem de dolo dandam replicationem ambigendum non esse eamque nocere debere etiam constitutionibus et sententiis auctorum cavetur.

Dem ist nicht beizupflichten. Die angezogene Stelle will nur besagen, daß gegen die Einrede aus dem Senatsbeschluß eine replicatio doli wohl möglich ist: dies soll auch nicht bestritten werden (s. Dueckers p. 146). Aber die Voraussetzungen und Wirkungen des Gläubigerirrtums über die Hauskindeigenschaft des Darlehensempfängers sind in L. 19 D. h. t. L. 3 pr. §§ 1.2, L. 1 C. h. t. erschöpfend geregelt: Voraussetzung ist ein entschuldbarer Irrtum, Wirkung ist das cessare SCi, d. h. dieses kommt gar nicht zur Anwendung, und seine exceptio muß nicht etwa erst durch replicatio entkräftet werden.

Sonst ist noch zu sagen: bei der Frage nach der Entschuldbarkeit des Irrtums haben gewisse Personen Privilegien, insbes. Pupillen und Minderjährige (L. 3 § 2 D. h. t.), wohl

auch Frauen (L. 8.9 pr. D. 22.6); sofern sie überhaupt ein Darlehen geben können (vergl. oben S. 14), schützt sie schon ihr Alter, bezw. infirmitas sexus; falls beim minor kein Irrtum vorliegt, kann er immer noch um die prätorische Restitution nachsuchen. — Daß bei Irrtum eines Korrealgläubigers infolge der Kenntnis des anderen dem Vertrag die exceptio SCi entgegensteht, ist schon früher erwähnt und aus dem Gesichtspunkt der Einheit des Kontrakts heraus begründet worden. L. 7 § 7 D. h. t.

3. Die Vermögensfähigkeit der Hauskinder besteht nach römischem Recht in deren Fähigkeit, ein peculium zu besitzen. In folgendem ist darzulegen, inwieweit die Tatsache des Besitzes eines solchen geeignet ist, die Anwendbarkeit des SCM auszuschließen.

Zunächst ist festzuhalten, daß die einschlägigen Stellen der Digesten und des Codex nur von einem peculium castrense sprechen. Ob auch andere Peculien hier in Frage zu ziehen sind, soll später erwogen werden. — In Betracht kommen die L. 1 § 3, L. 2 D. h. t., L. 7 § 1 C. h. t. Von den verschiedenen Schriftstellern wurden die seltsamsten Versuche gemacht, diese Stellen, die bei näherem Zusehen tatsächlich sich nicht so leicht miteinander vereinbaren lassen, in Einklang zu bringen, bezw. die zuletzt zitierte Stelle als eine Ausnahme der ersten darzustellen. Die hier vertretene Ansicht geht aus folgendem hervor.

Bereits nach Ulpians Ansicht steht der filiusf. bis zum Betrag seines peculium castrense dem Darlehensgläubiger wie ein pater familias gegenüber, d. h. er ist diesem gegenüber wie ein solcher verpflichtet und haftbar. Im Laufe der Zeiten scheinen sich Unklarheiten und Kontroversen darüber angesponnen zu haben, ob der Zweck des aufgenommenen Darlehens und die Art seines Verbrauchs dafür erheblich sei, daß der filiusf. miles dem Senatsbeschluß nicht untersteht. Nur so lassen sich Justinians Worte

. . . nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumptae sunt . . .

verstehen. Denn eben um solche Unklarheiten zu vermeiden, erließ der große Gesetzgeber die teilweise angezogene Entscheidung in L. 7 § 1 C. h. t. Durch sie wurde die Streitfrage endgültig dahingehend entschieden, daß ein Hauskind, das Soldat ist, Gelddarlehen kraft einer eigens hierzu aufgestellten praesumptio nur in causas castrenses verwende. Die Richtigkeit und Weisheit dieser Entscheidung mag stark in Zweifel

gezogen werden; wir müssen uns mit dieser positiv-rechtlichen Regelung der Darlehensfähigkeit des filiusf. miles abfinden.

Die große Frage ist nun: wollte Justinian dessen Fähigkeit, ein Gelddarlehen vollwirksam aufzunehmen, durch seine Decision so erweitern, daß er sie sich ohne jede Beziehung zu seiner Erwerbsfähigkeit dachte? Damit wäre ja die L. 2 D. h. t. unvereinbar. Hier muß eine Brücke gefunden werden. Man muß annehmen, daß Justinian mit der L. 7 § 1 C. h. t. nicht die Fähigkeit des filiusf. miles schlechthin, gültige Darlehen aufzunehmen konstatieren wollte, sondern lediglich, daß dieser, unbeschadet der Vorschriften über die Grenze seiner Darlehensfähigkeit, das Dargeliehene verwenden könne, wie und wo er wolle. Die Notwendigkeit des Zweckes der Verwendung wird ja präsumiert und damit der anstößigste Punkt gegenüber dem Sinn des SCM beseitigt. Der Gläubiger soll nicht mehr zu beweisen brauchen, daß der filiusf. miles in necessarias causas Geld von ihm geborgt hat. Damit bleibt aber die in L. 1 § 3. L. 2 D. h. t. aufgestellte Regel, daß der Haussohn nur insoweit ein gültiges Darlehen aufnehmen könne, als sein peculium reicht, unberührt. (Ähnlich Windscheid § 373 N. 6; anders die Meisten).

Huschkes Ansicht (S. 170 f.), daß Justinian in der L. 7 § 1 C. h. t. den filiif. milites nur die filiif. privati gegenüberstellt, ohne an ein peculium zu denken, ist unbegründet. Denn erstens würden dadurch die erwähnten Digestenstellen hinfällig — deren Erklärung durch Huschke ist höchst unbefriedigend — und zweitens spielt Justinian deutlich auf ein peculium an, wenn er sagt:

in pluribus enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt, welche Stelle ja auch, wie Windscheid a. a. O. richtig bemerkt, große Ähnlichkeit mit dem Gedanken in L. 2 D. h. t. besitzt.

Muß nun der Darlehensnehmer bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses Soldat sein, damit das von ihm aufgenommene Darlehen nicht dem Senatsbeschluß unterliegt? Die Beantwortung dieser Frage ist aus dem Gesetz direkt nicht zu entnehmen, doch wird man sie deswegen bejahen müssen, weil durch die bloße Aussicht, gegenüber einem miles ein gültiges Rückforderungsrecht zu erwerben, ein Handeln gegen den Willen des SCM nicht ausgeschlossen erscheint — initium contractus spectandum est. Auch mag die Verweisung Windscheids a. a. O. auf die der einschlägigen Stelle vorher gehende L. 1 § 2 D. h. t., wonach die Hauskindeigenschaft im Moment

des Vertragsschlusses für das Vorliegen des SCM erfordert wird, als argumentum e contrario gewertet und hier angeführt werden.

Andererseits wird für die condictio ex mutuo des Gläubigers nicht der Betrag des schuldnerischen Pekuliums z. Zt. der Darlehensaufnahme sondern z. Zt. der Klage bezw. Vollstreckung in Betracht kommen. Denn das Darlehen an einen filiusf. miles ist ein Darlehen an einen paterf. und deshalb nicht nur insoweit gültig, als zur Zeit des Vertragsschlusses kastrensisches Gut zufällig vorhanden war. Die Hausvatereigenschaft des Soldaten ist ja eine fungible Größe, d. h. sie ändert ihren — für den Gläubiger wirtschaftlich höchst bedeutsamen — Wert, wenn das Pekulium seinen Wert ändert, entweder wächst oder abnimmt (cf. L. 40 D. 15. 1). Man möge nicht einwenden, daß der Gläubiger mit seiner Klage dadurch völlig der Willkür des filiusf. miles ausgeliefert erscheint; das ist er auch bei jedem sonstigen Schuldner.

Unsere Quellen reden nur von einem peculium castrense. Der Einfluß des Bestehens von etwaigen anderen Pekulien auf das Inkrafttreten des SCM ist daher ebenso fraglich wie bestritten. Fraglich deshalb, weil einerseits aus ihrer geflissentlichen Nichterwähnung ein entsprechender Schluß gezogen werden kann, andererseits der Ausschluß zum mindesten eines peculium quasi castrense unberechtigt erscheint. Wenn eine Entscheidung über diese Frage gefällt wird, ist sie willkürlich und sicherlich ebenso leicht zu begründen als zu widerlegen. Darüber, wie andere Schriftsteller diese Fragen beantwortet haben, vergleiche hauptsächlich Windscheid § 373 N. 6, insbesondere aber die m. E. zutreffenden Ausführungen bei Huschke (S. 176 ff.), denen am ehesten beizutreten ist.

Die pekuliarische Haftung des Hausvaters ist hier nicht zu untersuchen. Falls das Darlehen contra SCM aufgenommen wurde, hat der paterf. gegen die actio de peculio dieselbe exceptio perpetua wie das Hauskind (L. 6 pr. C. h. t.). Andernfalls treten die allgemeinen Sätze über die Haftung des Hausvaters de peculio in Geltung.

III. Mangelnde voluntas patrisfamilias.

Damit weitere Voraussetzungen des SCM erfüllt seien, muß das Gelddarlehen unter solchen Umständen gegeben sein, unter welchen es der Senat als ein dem paterf. feindseliges

betrachtet. Ein solches ist es dann, wenn es ohne dessen voluntas aufgenommen und nicht in seinem Interesse verwendet ist. In diesem Abschnitt ist erstere Voraussetzung zu betrachten.

Die Worte des Senatsbeschlusses erwähnen nichts von dem Requisit der mangelnden voluntas patris; es wurde von der römischen Jurisprudenz im Hinblick auf den Gesetzeszweck aufgestellt. Denn durch diese Voraussetzung wird nicht etwa die Darlehensfähigkeit des Haussohnes gesteigert, bezw. die Machtbefugnis des Hausvaters eingeschränkt, sondern es soll letzterem dadurch einige Unterstützung zuteil werden. Wenn manche Schriftsteller annehmen, die voluntas patris sei eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des SCM, so ist zu sagen, daß gerade umgekehrt der Mangel dieser voluntas eine Voraussetzung für seine Anwendbarkeit ist. Dies ergibt sich schon daraus, daß ein voluntate patris aufgenommenes Gelddarlehen einfach gültig ist (cessat S. C.), und nicht etwa dessen Gültigkeit durch eine der exceptio entgegenzusetzende replicatio bewiesen werden muß. Wir kommen zu dem Ergebnis: die Klage aus Gelddarlehen gegen Haussöhne soll nicht schlechthin versagt sein, sondern nur dann, wenn diese sich nicht mit dem Nachweis irgendeiner Zustimmung des Vaters bezw. Verwendung zu dessen Vorteil von dem Vorwurf des leichtsinnigen Schuldenmachens zu reinigen vermögen.[1])

1. Die Zustimmung des Vaters kann bestehen in einer dem Vertragsschluß v o r a u s g e h e n d e n, ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärung. Der paterfamilias, der natürlich nicht der leibliche Vater zu sein braucht (cf. L. 14 D. h. t.), muß damit einverstanden sein, daß das Hauskind das betreffende Gelddarlehen aufnehme; ein überschießender Wille zur Haftung ist nicht erforderlich. Die Willenserklärung kann entweder gegenüber dem Hauskind oder dem Darleiher abgegeben werden; sie kann ausdrücklich, d. h. durch Aufforderung zur Darlehensaufnahme bezw. -Hergabe oder durch jede sonstige ausdrückliche oder stillschweigende Billigung geschehen. L. 2. 4. 7 pr. C. h. t. L. 7 § 11. L. 12 D. h. t. Nach der letzten Stelle erlegt die römische Rechtswissenschaft dem Hausvater die Pflicht auf, falls er von einer projektierten Darlehensaufnahme seines Sohnes Kenntnis erlangt, zu widersprechen, wenn er nicht mit ihr einverstanden ist, widrigen-

[1]) Die Dietzelsche Begründung des Erfordernisses der mangelnden voluntas patris (S. 52 f.) scheint mir so gesucht und durch Dueckers (p. 18 Sq.) und Mandry (S. 457) hinreichend widerlegt, sodaß hier nicht näher darauf eingegangen wird.

falls seine Billigung vermutet wird. Ulpian zeigt insbes. an zwei Beispielen, daß der Vater durch Bestellung seines Sohnes zum Institor oder durch die Gestattung eines pekuliarischen Erwerbsgeschäfts implicite den Willen kundgibt, sein Sohn solle zu Darlehensaufnahmen im Rahmen dieses Wirkungskreises berechtigt sein. Ein entgegenstehender Wille wäre ausdrücklich zu äußern. In der L. 7 § 11 dürften übrigens die Schlußworte

. . . si non nominatim prohibuit merces accipere . . .

interpoliert sein: dies folgt aus der Selbstverständlichkeit der Stelle und aus ihrer Fassung, die häufig für Interpolationen typisch ist. So auch Eisele (S. Z. 13 S. 151). Mit dieser Annahme ist man zugleich der Mühe überhoben, mit Huschke (S. 161) die üblen Worte „merces accipere" in „mutuam pecuniam ad comparandas merces accipere" zu verbessern.

Sonst ist noch hervorzuheben, daß ein mandatum oder iussum des Hausvaters zur Darlehensaufnahme diesen selbst mit der entsprechenden adjektizischen Klage haftbar macht und daß in einer von seiner Seite erfolgenden Bürgen — oder Pfandbestellung für das projektierte Darlehen eine Zustimmung zu erblicken ist, die das SCM wegfallen läßt. (L. 9 § 3 arg. L. 9 pr. D. h. t.). Zum Schutz des dritten Kontrahenten wird auch dann die Zustimmung des Hausvaters vermutet, wenn dieser sie zunächst dadurch zu erkennen gab, daß er den Gläubiger beauftragte seinem Sohn zu leihen, hierauf aber ignorante creditore seinen Willen änderte, sodaß die Darlehensbestellung tatsächlich invito patre erfolgte (L. 12 D. h. t.).

2. Aber auch durch eine nachträglich geäußerte Zustimmung, eine Genehmigung, kann der Hausvater den Wegfall des SCM für das bereits aufgenommene Darlehen bewirken. Diese ratihabitio kann wiederum eine ausdrückliche Willenserklärung sein oder eine solche, die durch konkludente Tatsachen, wie z. B. Bürgen- und Pfandbestellung, in Erscheinung tritt (L. 7 pr. C. h. t. L. 7 § 15.[1]) L. 9 § 3. arg. L. 9 pr. D. h. t.). Der wesentliche Gegensatz zu dem unter 1. Gesagten liegt hier darin, daß aus einer nachträglich eingetretenen bloßen scientia des Hausvaters keine ratihabitio gefolgert werden kann. Denn die Darlehensschuld des filiusf., wenn sie auch nur eine obligatio naturalis darstellt, ist jetzt vorhanden: Der Gewalthaber kann durch eine Äußerung seiner

[1]) Nach Beseler (SZ 45 S. 464) interpoliert. Siber (S. 53) stellt quasi vor quod und rechtfertigt damit den Konjunktiv sumpserit.

Mißbilligung ihre Entstehung nicht mehr verhindern, kann also zur Kundgebung dieser Mißbilligung auch nicht verpflichtet sein. Dieser Standpunkt ist auch für den Fall aufrecht zu erhalten, daß die durch das Darlehen erlangte Geldsumme sich noch im peculium befindet: von einer Verpflichtung des Hausvaters, dem Sohn die Rückgabe der Geldstücke aufzuerlegen, kann keine Rede sein. Der entgegengesetzte Standpunkt insbes. Mandrys (S. 462) wird widerlegt durch L. 9 § 2:

. . . actio denegatur nec interest, consumpti sint nummi an exstent in peculio,

weiterhin dadurch, daß das SCM seinen Zweck durch Benachteiligung des Gläubigers zu erreichen sucht (L. 9 § 4 D. h. t. u. a.) —.

Der eben erwähnte Grundsatz, das aus einer nach Darlehensaufnahme eingetretenen scientia patris keine ratihabitio gefolgert werden könne, dürfte lediglich im Falle der L. 11 D. h. t. nicht aufrecht zu erhalten sein. Der Meinung Mandrys (S. 461), das in den Nichtvorschützen durch den Vater „in erster Instanz" eine Genehmigung des Darlehens nicht liege, kann hier nicht beigetreten werden. Die L. 11 D. h. t. redet zunächst überhaupt nur von Hauskindern; falls deren Gewalthaber aus Analogie- und Zweckmäßigkeitsgründen hier einbezogen werden sollten, könnte man ihnen sinngemäß nur den Platz von noch in der Vollstreckungsinstanz Einredeberechtigten anweisen. Daraus ist nun die einzige Ausnahme von dem oben aufgestellten Satz, daß eine Verpflichtung des Hausvaters zu Erhebung des Widerspruchs nicht besteht, dahingehend zu schließen, daß dieser bei seiner Verklagung die Nichtgenehmigung des Vertrags geltend machen, also die Einrede vorschützen müsse. Etwas anderes ist es natürlich, wenn nicht er, sondern sein Sohn auf Rückzahlung verklagt ist, und er womöglich noch gar nichts von dem Darlehen weiß. Für diesen Fall ist eine analoge Anwendung der L. 11 D. h. t. auf den paterfamilias unbedenklich zuzulassen.

Huschkes Bedenken gegen die Richtigkeit der L. 7 pr. C. h. t. (S. 161 ff.) sind vollständig unbegründet. Sie ergeben sich für ihn konsequenterweise aus seiner Auffassung des SCM als ius publicum. Der „weichherzige" Vater hat eben die Folgen seiner Weichherzigkeit selbst zu tragen und es ist m. E. nicht abzusehen, warum da ein entgegengesetztes öffentliches Interesse obwalten sollte, wo der Vater durch Zustimmung irgendwelcher Art das Darlehen seines Sohnes gebilligt hat.

IV. Mangel der versio in rem patris.

In den Fällen, wo der filiusfamilias das aufgenommene Darlehen in rem patris vertiert hat, kommt die Vorschrift des SCM nicht zur Anwendung. Dies mag sehr einfach klingen, hat aber in den einzelnen Folgerungen in der Literatur zu weitgehenden Streitigkeiten geführt.

Bestritten ist zunächst schon, warum die römische Jurisprudenz die versio in rem patris als einen Ausschließungsgrund des Senatsbeschlusses betrachtet. Dietzel (S. 32) schließt bereits aus den Worten:

qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset,

daß das Darlehen dem Hauskind zugute gekommen sein müsse. Wenn es das durch das Darlehen erlangte Geld aber im Interesse des Vaters verwendet habe, so sei es selbst nur formell, der Vater aber nur materiell verpflichtet. Huschke (S. 165) wendet sich scharf dagegen und erklärt die Nichtanwendbarkeit des Senatsbeschlusses bei versio in rem patris aus der fehlenden „objektiven Gegensätzlichkeit" zwischen dem Hausvater und dem aufgenommenen Darlehen. M. E. waren beide Gedanken bei der Schöpfung der L. 7 § 12 D. h. t. mitwirkend, aber keiner ausschlaggebend. Dietzels Ansicht ist deshalb nicht vollkommen richtig, weil das Gesetz nirgends fordert, daß die Darlehenssumme dem Hauskind zugute kommen müsse, sondern lediglich, daß sie in seine Hand gebracht werde. Der versio in rem patris eine versio in rem propriam gegenüberzustellen ist m. E. auch deshalb unstatthaft, weil zu ersterer immerhin eine Disposition des filiusf. über das durch das Darlehen erlangte Geld gehört, während sonst eine solche nicht erforderlich ist (nec interest consumpti sint nummi an exstent in peculio). — Huschkes Meinung aber ist deswegen nicht einwandfrei, weil es einen „objektiven Willen des Vaters" nicht gibt. Es kann doch Fälle geben, wo der paterf. die Bezahlung einer eigenen Schuld nicht für nötig befinden wird. Trotzdem stellt deren Tilgung durch den Sohn eine versio in rem patris dar. — Beide Gedanken haben jedoch zweifellos einen richtigen Kern und mögen in ihrem Zusammenhalte die römische Jurisprudenz bestimmt haben, die versio in rem patris der voluntas patris gleichzustellen, also als Grund der Nichtanwendbarkeit des SCM zu betrachten.

Zunächst ist festzuhalten, daß zum Wegfall der exceptio (das Vorliegen der versio in rem patris bgründet keine Replik gegen die exceptio, sondern ihr Nichtvorliegen ist eine

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses) nötig ist, daß tatsächlich etwas in rem patris vertiert wurde. Der bloße Wille des filiusf. hiezu bei Darlehensaufnahme ist weder genügend noch erforderlich: hatte er ihn bei Darlehensaufnahme, verwendete er aber später das Geld zu anderen Zwecken, so bleibt das SCM in Kraft. Hatte er ihn bei Darlehensaufnahme nicht, verwendete er das Geld später aber doch im Interesse des Vaters, so fallen die Wirkungen des Senatsbeschlusses für dieses Darlehen weg. Dies geht klar aus der L. 7 § 12 D. h. t. hervor. Jedenfalls steht dem Haussohn und den übrigen einredeberechtigten Personen die Einrede aus dem SCM nur solange und insoweit zu, bis und inwieweit die versio in rem patris nicht tatsächlich stattgefunden hat. Dieser Grundsatz erleidet nur eine Durchbrechung, von der unten die Rede sein wird.

Warum das SCM überall da als ausgeschlossen zu betrachten ist, wo das aufgenommene Darlehen in einer Weise verwendet wurde, die eine actio de in rem verso gegen den Hausvater begründet, hat Mandry (S. 463 ff.) überzeugend nachgewiesen, sodaß eine Verweisung auf diese Ausführungen hier genügen mag. Es kommen also die allgemeinen Bestimmungen über das in rem versum, welche in dem Digestentitel 15. 3 enthalten sind, zur entsprechenden Anwendung. Einzelne Punkte sind hervorzuheben: Nach L. 10 § 6 cit.

versum autem sic accipimus, ut duret versum

genügt zur Begründetheit der actio de in rem verso — und damit zum Wegfall der exceptio SCi — nur ein fortdauerndes versum. Nach der L. 10 § 4 cit.

si pars versa est, de parte erit actio

ist sie nur bis zum Betrage des versum statthaft.

Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer echten versio in rem patris sind jedoch für das SCM näher umgrenzt in mehreren Bestimmungen. Die allgemeinsten sind in L. 47 § 1 D. 46. 3, L. 5 C. h. t. zu finden. Die erste Stelle spricht von einer Verwendung in necessarias causas.[1]) Eine solche kann natürlich auf den verschiedensten Lebensgebieten liegen und hinsichtlich der eigenen Person des Hauskindes (L. 7 § 13 D. h. t., L. 5 C. h. t., arg. L. 3 § 3 D. 15. 3) als auch hinsichtlich der Person des Hausvaters (L. 2 C. h. t. Nov. 115 c. 3 § 13) und eines Dritten (L. 17 D. h. t.) stattfinden. Stets ist jedoch erforderlich, daß der filiusfamilias nur in solchen Fällen, wo

[1]) wobei zu bemerken ist, daß die Hinzufügung des Wortes „filii" durch Mandry (a. a. O. S. 463) willkürlich und nicht richtig ist.

er die Genehmigung seines Gewalthabers nicht oder nicht rechtzeitig beibringen kann, als dessen Geschäftsführer tätig wird und auch dann noch eine gewisse Prüfung der Frage, was sein Vater in einem solchen Falle tun würde, bei sich vorzunehmen hat. Dies ist hauptsächlich aus L. 7 § 5, L. 9 D. 15. 3 und L. 5 C. h. t. (. . . necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret . . .) zu schließen. — Im einzelnen führt das Gesetz u. a. folgende Fälle auf:

der filiusf. bestreitet mit dem Darlehen eigene Bedürfnisse, für die sein Gewalthaber sonst aufkommt. Z. B. wenn er studiorum vel legationis causa abwesend ist, darf er Ausgaben bis zu dem Betrage machen, den der Vater für ihn aufzuwenden pflegt.

der filiusf. bezahlt, quae patris oneribus incumberet. L. 2 C. h. t.[1]) Die bewußt allgemeine Fassung des Gesetzes entspricht der Fülle der möglichen Lebenstatbestände: der Haussohn nimmt Darlehen auf, um (klagbare!) Schulden des Vaters zu bezahlen oder um für ihn notwendige Anschaffungen zu machen. — Die Bezahlung einer eigenen Schuld an den paterf. entweder durch Zahlung an diesen oder durch Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vaters gegenüber einem Dritten stellt übrigens keine versio in rem patris dar, sodaß in diesem Falle der Senatsbeschluß in Kraft bleiben muß. L. 7 § 12 D. h. t., L. 10 § 7 D. 15. 3. — Hat der Haussohn das Geld für seinen Vater geliehen, ist dieses aber kurz vor oder bei der Verwendung zufällig untergegangen, so stellt dies den einzigen Fall dar, wo die bloße Absicht einer versio in rem patris zum Wegfall der Wirkungen des SCM genügt. L. 47 § 1 D. 46. 3. vgl. auch L. 17 pr. D. 15. 3. Sonst ist stets, wie schon oben erwähnt, eine Realisation dieser Absicht erforderlich, bis zu deren Eintritt ein exstare nummorum in peculio belanglos bleibt.

Obwohl nach der in dieser Abhandlung vertretenen Ansicht die L. 7 § 14 D. h. t. nicht unter den Gesichtspunkt der versio in rem patris zu stellen ist, soll sie mit Rücksicht auf ihre Behandlung in früheren Schriften über das SCM doch hier zur Sprache kommen. Zunächst der Wortlaut:

si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui si peteret exceptione non summoveretur, senatus consulti cessabit exceptio.

---

[1]) Interpoliert, vgl. Vassalli S. 47 A. 1, Siber S. 54 A. 3 — übrigens beide aus verschiedenen Gründen.

Da jeder Schriftsteller über die angezogene lex eine andere Meinung hegt, sei es vollständig unterlassen, Parallelen und Widersprüche zu konstatieren. Erwähnt mag nur sein, daß die hier vertretene Ansicht die meiste Ähnlichkeit mit der Dueckers' (p. 163 sqq.) aufweist.

Wir wollen mit einer genauen Übersetzung beginnen: „Wenn ein Haussohn Geld aufgenommen hat, um einen Gläubiger abzufinden,[1]) der im Falle der Geltendmachung (seiner Forderung) durch eine Einrede nicht beeinträchtigt würde, tritt der Senatsbeschluß außer Kraft." Diese Übersetzung gibt einen guten Sinn. Sie wird außerdem gestützt durch die Basiliken (18, 4, 14 Heimb. II p. 240)

Καὶ ὅτε δανεισάμενος ὑπεξούσιος καταβάλλῃ ἑτέρῳ δανειστῇ μὴ ἐκβαλλδμένῳ τῇ τοῦ δόγματος παραγραφῇ ἀργεῖ τὸ δόγμα

und von diesen nur dadurch präzisiert — oder abgeändert, das ist Anschauungssache —, daß es sich bei der exceptio liberandi creditoris um die exceptio SCi handeln müsse. Ob diese Änderung zu Recht besteht, soll hier nicht untersucht werden, da sie für die wesentliche Frage ohne Bedeutung ist. — Diese ist darin zu erblicken, ob die L. 7 § 14 D. h. t. von der Befriedigung eines Gläubigers des Haussohnes oder des Hausvaters handelt. M. E. ist die Annahme der letzteren Möglichkeit, wie sie in der Literatur zum größten Teil geschieht, durch nichts begründet. Sie nur deshalb gutzuheißen, weil dann die Einordnung der Gesetzesstelle in die Fälle einer versio in rem patris keine Schwierigkeiten mehr bietet, stellt fast eine gewisse Feigheit dar, durch die man allerdings der unangenehmen Lage enthoben würde, aus einer genauen Interpretation Schlüsse zu ziehen, die dem Sinn des Senatsbeschlusses nicht zuwider sind. Huschke (S. 168) hilft sich mit der Annahme einer Textentstellung. Die Stelle ist nach ihm verderbt aus:

. . . ut eum liberaret ab eo, qui[2]) . . . non summoveretur

Wenn man dann noch eum auf den paterf. bezieht, ergibt sich allerdings keine Schwierigkeit, eine versio in rem patris anzunehmen. Aber wozu so krampfhaft helfen, wo anders geholfen werden kann?

Der Haussohn hat einen Gläubiger, der eine klagbare Forderung gegen ihn hat. Um diesen loszuwerden, nimmt er

[1]) Die Übersetzung des liberare mit „abfinden" läßt sich wohl mit einem Hinweis auf ihre zweifellose Richtigkeit in L. 1 § 11 D. 14. 1 rechtfertigen.

[2]) Das klingt nicht sehr lateinisch!

ein Darlehen contra SCM auf. Dadurch ist er einerseits in die Lage versetzt, eine vollgültige Schuld abzustoßen, andrerseits kann er sich der Realisierung der neuen Verbindlichkeit durch Vorschützen der exceptio bequem entziehen. Dies würde aber zweifellos eine unbillige Befugnis des filiusf. bedeuten, seinen Schuldenstand zu verringern. Dieser Möglichkeit trat die römische Jurisprudenz entgegen. — Es handelt sich für uns nur noch darum, diese ihre Ansicht aus dem Willen des Gesetzgebers zu begründen. M. E. kann dies dadurch geschehen, daß man auf die unter B I dieser Schrift erwähnte Voraussetzung des SCM zurückgreift, die besagt, daß das dargeliehene Geld in die Hand des Hauskindes gebracht werden müsse. Dieses hat aber in vorliegendem Fall das Darlehen nicht deswegen aufgenommen, damit es zu verwerflichen Zwecken frei über die Geldsumme verfügen könne, sondern deswegen, damit es eine ältere Schuld aus irgendwelchen, vermutlich moralischen Gründen los wird. Hierdurch wird aber der Zweck des Gesetzes, das lediglich verhindern will, daß der filiusf. neue (klagbare) Darlehensschulden macht, nicht berührt — eine wirtschaftliche Verschlechterung des Hauskindes ist ja ausgeschlossen. — Aus diesen Ausführungen mag zugleich ein neuer Beweis gegen die Ansicht Huschkes vom Strafzweck des SCM hergeleitet werden: wollte der Gesetzgeber den creditor contra SC schlechthin bestrafen, so hätte er ihm auch hier die Einrede entgegensetzen müssen; daß seine Absicht nicht dahin ging, daß er vielmehr die familia vor Überschuldung ihres filius schützen wollte, bezeugt die Richtigkeit seiner tatsächlichen Entscheidung in der vielumstrittenen L. 7 § 14 D. h. t.

C. Die Wirkungen des Senatus-Consultum Macedonianum.

I. Exceptio S CiM.

Der Senat beschloß:

. . . ne etiam post mortem parentis actio petitioque daretur . . .

als die Wirkung des Handelns contra SCM für den Gläubiger. Damit ist klar gesagt, daß eine Nichtigkeit des an Hauskinder gegebenen Gelddarlehens nicht in Frage stehe und daß eine wirkliche Verbindlichkeit — wenn auch nur eine natürliche — vorhanden sei, daß aber mit der Entstehung dieser Obligation gleichzeitig eine exceptio perpetua entstehe, d. h. ein peremptorisches Leistungsverweigerungsrecht des Haussohnes, Hausvaters und einiger andere Personen gegenüber dem Rückforderungsrecht des Gläubigers. Dessen actio ist, rein formal betrachtet, begründet; falls sich aber der Beklagte auf sein Einrederecht beruft, so stellt sich entweder sofort heraus, daß in diesem Falle, vermöge des im SCM enthaltenen ius singulare, zur Begründung der Klage die Behauptung der mutui datio nicht ausreicht und die actio wird dem Kläger denegiert; oder die actio wird mit der inserierten exceptio dem iudex überwiesen, der dann causa cognita entweder absolviert oder kondemniert.

Manche versuchen, zwischen denegatio actionis und datio exceptionis einen Unterschied zu finden: dieser kann nicht von materieller Bedeutung sein, da beide Begriffe, hier wie auf anderen Gebieten, promiscue mit einander und ohne jeden Hinweis auf Voraussetzungen und Wirkungen eines Unterschieds genannt werden. Auf den ersten Blick möchte man ja in der denegatio actionis ein Vorgehen der Jurisdiktionsbehörden von Amts wegen erblicken, wie es manche[1]) getan haben; richtig erscheint dies aus den angegebenen Gründen nicht. Der Prätor darf die Einrede aus dem SCM, die zweifellos nur auf Verlangen des Beklagten in die Formel inseriert

[1]) Beispiele bei Glück XIV S. 346; Schwanert S. 346

wird, also keineswegs von Amts wegen supplieren: der Senat hat den vollen Schutz desjenigen, der aus dem mutuum haftet, in dessen eigene Hand gelegt; über diesen hinauszugehen, konnte ebensowenig sein Wille sein, als dem Darlehensnehmer zu verwehren, seine Schuld freiwillig zu bezahlen.

Fragt man sich überhaupt, warum der Senat das an Hauskinder gegebene Darlehen nicht für schlechthin nichtig erklärt hat — was dann vom Prätor bezw. iudex hätte von Amts wegen berücksichtigt werden müssen —, so sind zur Rechtfertigung der Einrede folgende Gesichtspunkte anzuführen: Die Nichtigkeit des Darlehens ging über die Absicht des Senats hinaus. Dessen Beschluß wollte seinen Zweck nicht dadurch erreichen, daß er den Haussohn entlastete — deshalb erhielt er den Bestand einer obligatio naturalis aufrecht und schloß nach Rückzahlung die condictio indebiti aus —, sondern dadurch, daß er den faenerator, welcher dem Haussohn durch das Darlehen die Gelegenheit leichtsinnigen Schuldenmachens bot, vom Darleihen abhielt (vgl. L. 9 § 4 D. h. t.). Der Zweck wurde aber genügend dadurch erreicht, daß man dem Gläubiger die Möglichkeit nahm, seine auf einer vollgültigen causa beruhende Forderung zu realisieren. Eine Durchbrechung des rechtlichen Grundsatzes, daß dem mutuum dare ein dare oportere des Empfängers entspreche, erschien daher nicht erforderlich. Die Macht dazu hätte der Senat wohl gehabt,[1]) da seine Beschlüsse in der Kaiserzeit tatsächlich Gesetzeskraft hatten. Aber die „Dispositionsmaxime" unter den Parteien schien ihm mit Recht hier geeigneter zu sein. Denn es ist doch nicht nur theoretisch denkbar, sondern wird auch in der Praxis häufig genug beobachtet, daß solche Schulden — wie etwa Wettschulden nach § 762 BGB — als „Ehrenschulden" betrachtet und ebenso beglichen werden wie andere klagbare Forderungen. Wenn sie aber beglichen werden, soll es an einer gültigen causa solvendi nicht fehlen. — Da weiterhin nicht nur Darlehensschulden, andrerseits auch andre als Darlehensschulden (vgl. B I) und endlich nicht jedes einem filiusf. gegebene Darlehen dem SCM untersteht, sodaß also aus der bloßen Tatsache des einem Haussohn gegebenen Darlehens allein die Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses nicht mit Gewißheit gefolgert werden kann, ist es zwar nicht notwendig, wie Schwanert (S. 345) meint, aber gewiß zweckmäßig, wenn der iudex auf Grund der Verhandlungen der Parteien den rechtlich erheblichen Sachverhalt kennen lernt um ihn unter das Gesetz richtig subsummieren zu können.

[1]) A. M. Huschke S. 172.

In folgendem sollen die Individualisierungsmerkmale der exceptio SCi näher geschildert werden.

1. Wer hat die exceptio?

Zunächst natürlich der Haussohn selbst, der das Darlehen aufgenommen hat, und zwar sowohl durante potestate als auch nach deren Auflösung: die exceptio ist eine perpetua. L. 1 pr. D. h. t. Durch eine nach Beendigung der väterlichen Gewalt fortdauernde Bereicherung des ehemaligen Hauskindes wird die Einrede nicht ausgeschlossen (arg. L. 9 § 2 D. h. t.). — Die Befugnis zum Gebrauch der Einrede steht aber den Hauskindern zweifellos zu (L. 7 § 4, L. 11 D. h. t., sowie § 7 J. 4. 7

. . . denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve nepotem neptemve: sive adhuc in potestate sunt sive morte patris vel emancipatione suae potestatis esse coeperint . . .).

Dann aber hat auch der Hausvater die Einrede, ebenfalls sowohl während der Dauer seiner Gewalt als nach deren Beendigung (§ 7 J. cit.: sive habeat eos adhuc in potestate sive emancipaverit. — L. 7 § 10, L. 9 § 3 D. h. t., L. 6 pr. C. h. t.). Der paterf. hat übrigens die Einrede nur dann, wenn er als solcher ex negotiis filiif. belangt werden kann und soweit die Gründe, welche seine Haftbarkeit bewirken, die Anwendung des SCM nicht ausschließen vergl. oben B III, IV.

Auch die Erben der eben genannten Personen haben die Einrede (L. 7 § 10 D. h. t.). Wenn der Haussohn als solcher stirbt, erlöschen in der Regel alle Forderungen gegen ihn. Wird er aber ausnahmsweise beerbt, so können auch die Erben die Einrede vorschützen. Daß der Hausvater auch nach dem Tode des darlehensnehmenden filiusf. einen Bürgen für dessen Schuld aufnehmen kann, begründet sich aus der actio de peculio annalis, die noch gegen den Hausvater stattfinden kann. L. 18 D. h. t.

Auch die fideiusores und Mandatsbürgen[1]) haben die Einrede. Dies folgt aus der Natur der exceptio SCi als rei cohaerens (L. 7 § 1 D. 44. 1), ist aber auch in L. 9 § 3 D. h. t. ausdrücklich ausgesprochen und wird auf die Verpfänder nach L. 2 D. 20. 3 unbedenklich anzuwenden sein. — Hierher gehört gemäß L. 7 pr. § 1 D. h. t. auch derjenige, der, zwar formell Haupt- oder Gesamtschuldner, in Wirklichkeit zwecks Um-

[1]) Bei letzteren ist es übrigens für das klassisches Recht bestritten, vgl. Bortolucci, Mandato die credito, Bul. 28, 248.

gehung des Senatsbeschlusses für den Haussohn nur interzediert — die fraus muß natürlich einerseits dem Gläubiger bekannt sein, andererseits von dem Einredeberechtigten bewiesen werden. Endlich nennt Schwanert mit Recht (S. 359) auch die Personen, welche durch anderweitig verdeckte Interzession (Novation durch Expromission) in fraudem SCi an Stelle des filiusf. oder neben diesem Schuldner geworden sind, berechtigt zum Gebrauch der exceptio. — Es wird nun viel darüber gestritten, ob die L. 9 § 3, insoweit sie die Einredeberechtigung des Bürgen an seine Regreßberechtigung gegenüber dem Schuldner bindet, nicht interpoliert ist. Auf Grund der treffenden Ausführungen von Pringsheim (SZ 42, S. 273 ff, 297 f.) wird man annehmen dürfen, daß der animus donandi, insbesondere das fidejubere animo donandi, ein Produkt byzantinischer Jurisprudenz darstellt (vgl. auch L. 32 D. 2. 14, L. 6 § 2 D. 17. 1 u. a.). Man wird also die L. 9 § 3 so lesen müssen:

non solum filiofamilias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius. sed si patris voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.

2. Wem steht die exceptio SCi entgegen?

Dem Gläubiger, d. h. ei qui mutuam pecuniam filiof. dedit; ebenso demjenigen, der durch Adstipulation oder korreale Stipulation neben den Darleiher getreten ist (L. 7 § 7 D. h. t.); dann aber auch

den Sukzessoren dieses Gläubigers, und zwar allen, also Erben und Zessionaren. — Die Frage, ob auch einem Delegatar gegenüber die Einrede vorgeschützt werden kann, wird verschieden beantwortet.[1]) Die einschlägige Stelle L. 19 D. 46. 2 lautet:

doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatus consulto filio familias datur: nam adversus creditorem[2]) cui

[1]) A. A. als der hier vertretenen sind namentlich Dietzel (S. 92) und Schwanert (S. 357). Diese behaupten, da in der L. 19 D. 46. 2 nur vom Haussohn die Rede sei, bleibe dem paterf. die Einrede gegen die actio de peculio, da sie ihm durch eine Handlung des Sohnes nicht entzogen werden könne. Daß diese Ansicht nicht richtig ist, folgt m. E. aus der Einheit des Kontrakts, der nicht zugleich dem Haussohn gegenüber klagbar und dem Hausvater gegenüber einredebehaftet sein kann.

[2]) Aus diesem Worte folgt, daß der überwiesene Haussohn dem

delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit . . .

Also: Der Haussohn hat gegenüber dem Delegatar keine Einrede, weil die Übernahme einer Schuld seines Darlehensgebers an den Dritten keine Darlehensaufnahme darstellt, also dem SCM nicht untersteht. Paulus sagt selbst, daß durch die promissio (als solche) nichts gegen den Senatsbeschluß geschehe: falls jedoch in fraudem SCi gehandelt würde, wäre m. E. auch hier die Einrede unbedenklich zuzulassen.

3. Gegen welche Klage findet die Einrede statt?

Das Gesetz sagt:

ne cui . . . actio petitioque daretur,

will also j e d e zwecks Realisierung der Darlehensrückforderung angestrengte Klage zurückgewiesen bezw. durch Einrede entkräftet sehen. Normalerweise wird es sich ja um die condictio ex mutuo handeln; da aber einerseits nicht nur Darlehensverträge dem Senatsbeschluß unterstehen, andrerseits der Gläubiger auch gegen andere Personen als den Darlehensempfänger vorgehen kann, faßt sich der Gesetzeswortlaut so allgemein wie nur möglich: dem Kläger soll jeder prozessuale Weg zur Durchsetzung seines Anspruches versagt sein — vorausgesetzt immer, daß von der Einrede wirklich Gebrauch gemacht wird. Im einzelnen ist außer dem Normalfall, daß der beklagte Haussohn gegen die condictio certi die exceptio vorschützt, folgendes zu bemerken:

Der Gewalthaber des Darlehensschuldners kann vernünftigerweise die Einrede nur der actio de peculio entgegensetzen (L. 6 pr. C. h. t.), da bei allen anderen Klagen, deren Grund eine Haftung aus fremder Schuld bildet, dieser Grund die Anwendbarkeit des SCM ausschließt. So würde eine actio quod iussu, institoria, excercitoria, de in remverso zugleich dartun, daß Zustimmung oder versio in rem patris die Möglichkeit einer Einrede beseitigt hat. Im übrigen soll nicht behauptet sein, daß der actio de peculio immer die exceptio entgegengehalten werden kann; denn einerseits konkurriert diese actio häufig mit den übrigen actiones adiecticiae qualitatis, andererseits sind iussum und versio in rem patris nicht

---

Dritten verspricht, was der überweisende Gläubiger dem Dritten, nicht was er dem überweisenden Gläubiger schuldet Passivdelegation entsprechend der Schuldübernahme.

die einzigen Gründe, welche die Geldaufnahme des Hauskindes dem SCM entziehen; so läßt z. B. entschuldbarer Irrtum des Gläubigers die Einrede wegfallen, ohne die actio quo iussu oder de in rem verso zu begründen.

Die Einrede aus dem SCM ist insofern besonders privilegiert, als sie, wenn im ordentlichen Prozeß versäumt, auch in der Vollstreckungsinstanz geltend gemacht werden kann. Dies geht aus L. 11 D. h. t. im Zusammenhalt mit L. 9 § 4 D. h. t. hervor und dürfte aus Analogiegründen außer von dem Haussohn selbst und seinen Interzedenten auch vom paterf. und sonstigen einredeberechtigten Personen gelten. Der Grund für diese Bestimmung ist darin zu suchen, daß der Zweck des Senatsbeschlusses, unabhängig von der Willkür der zunächst beteiligten Person, möglichst erreicht werde. Es soll z. B. der Haussohn, der im Prozess die Einrede fahrlässig oder vorsätzlich nicht vorgeschützt hat, seine Verbindlichkeit aus dem Darlehen nicht konsolidieren und damit seine und seines Vaters Haftung begründen können; vielmehr soll sein Gewalthaber die Einrede immer noch gegen die actio iudicati geltend machen können. — Dagegen dürfte in einem Nichtvorschützen der Einrede durch den paterf. eine ratihabitio zu erblicken sein (vgl. B IV). Dies ist entgegen Mandry (S. 490) zu vertreten, weil man die — wenn auch nur stillschweigenden — Willenserklärungen der aus dem Darlehen belangbaren Personen rechtlich nicht auf gleiche Stufe stellen kann. Es ist ein großer Unterschied, ob der Haussohn oder der Hausvater im Prozeß die Einrede nicht gebraucht; tut dies letzterer, so liegt immerhin der Schluß auf eine Genehmigung des Vertrags nahe, während bei ersterem eine solche unbeachtlich wäre.

4. Kann durch den Willen der beteiligten Personen die exceptio SCi vernichtet werden?

Hier muß man zwischen den verschiedenen einredeberechtigten Personen unterscheiden:

Ein Verzicht des paterf. auf die Einrede ist zweifellos möglich und würde in jeder nach Vertragsschluß geäußerter Zustimmung seinerseits zu erblicken sein (näheres darüber s. unter B. III 2). Nach L. 7 § 15 D. h. t. ist z. B. schon in einer Teilzahlung des Hausvaters an den Gläubiger eine ratihabitio zu erblicken, nach L. 9 § 3 liegt eine solche in der Bürgenbestellung. — Ein consensus patris würde auch für das Hauskind und die Interzedenten den Wegfall der exceptio

bedeuten, da die Darlehensschuld dann zu einem civiliter debitum geworden wäre, welches von dem Haussohn mit der condictio certi, vom Hausvater mit einer der adjektizischen Klagen und von den Interzedenten mit der actio ex fideiussione bezw. hypothecaria eingeklagt werden könnte. Für die letzteren scheint diese Folgerung ja eine gewisse Härte zu bedeuten, daß sie mit ihrer Haftung so ganz dem Willen des Hausvaters ausgeliefert sind. Die Richtigkeit dieser Ansicht dürfte jedoch aus einer parallelen Entscheidung des Paulus in L. 56 § 2 D. 41. 1 hervorgehen;

si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri Pomponius ait. quid ergo, si consumptis nummis nascatur condictio? puto fideiussorem obligatum fore: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest.

Im übrigen ist zu sagen, daß eine den Verzicht enthaltende ratihabitio patris wähend der Dauer seiner Gewalt erfolgen muß um das Einrederecht seines Sohnes beeinträchtigen zu können.

Während das Hauskind der väterlichen Gewalt untersteht, ist es zweifellos nicht berechtigt, auf die Einrede wirksam zu verzichten. Dies findet zwar keinen ausdrücklichen Rückhalt im Gesetze, ist aber aus dem Sinn des Senatsbeschlusses unschwer zu folgern, und ein durch einseitige Zusage oder Vertrag erfolgender Verzicht würde sich als fraus contra SC darstellen, da dem Gläubiger so die einfachste Möglichkeit gegeben wäre, gegen ein vollwertiges Rückforderungsrecht zu kreditieren. Man möge nicht einwenden, daß das Hauskind noch als solches unter Umständen seine Darlehensschuld gültig und unwiderruflich bezahlen könne (vgl. C. II). Dies hat ja seinen Rechtsgrund nicht in einem zu vermutenden Einredeverzicht, sondern in Unmöglichkeit einer condictio indebiti, da eine tatsächlich bestehende Schuld gezahlt wird. Erst recht kann der filiusf. seinem Gewalthaber oder Interzedenten das Einrederecht durch Verzicht gegenüber dem Gläubiger nicht wegnehmen: behalten doch diese, wie schon oben erwähnt, die exceptio selbst dann, wenn er sich belangen und non opposita exceptione verurteilen läßt, noch gegen die actio iudicati.

Nach Lösung der väterlichen Gewalt steht das ehemalige Hauskind mit seinem nunmehr eigenen Vermögen dem Gläubiger ebenso unabhängig gegenüber wie jeder paterf. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzes kann es zwar auch jetzt noch dem klagenden Gläubiger die Einrede entgegen-

setzen; ebenso zweifellos aber ist, daß es jetzt durch seinen Willen deren Wegfall bewirken kann. Das geht aus L. 7 § 16, L. 9 pr. D. h. t., L. 2 C. h. t. hervor. Nach letzterer Stelle kann es zweifelhaft erscheinen, ob jedem agnoscere des suae potestatis constitutus die Kraft der Vernichtung der Einrede zukommt, oder nur einem solchen, das, wie die ausdrücklich aufgeführte Novation, in einem formellen Rechtsgeschäft geäußert wird. Daß letztere Eventualität nach klassischem Recht richtig ist, bedarf nach Sibers (S. 54) Ausführungen über die Interpoliertheit der Stelle keines weiteren Wortes. Sie ist nach ihm so zu lesen:

Zenodorus cum suae potestatis constitutus novatione facta agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.

Jedoch ist auch nach justinianischem Recht das Wort alias vor agnovit dahin zu verstehen, daß die Verpflichtung aus dem Darlehen nur durch das Hilfsmittel eines neuen Rechtsgeschäfts, z. B. Bürgen- oder Pfandbestellung, zu einer klagbaren werden könne. — Die L. 7 § 16 D. h. t., bei der (nec solutum repetere potest) interpoliert ist (schon Siber S. 54 A. 1 hat die Zeitfolge solverit — cessabit — potest bemängelt), ergibt, daß mindestens nach klassischem Recht die Teilzahlung des paterf. factus die ganze Darlehensverpflichtung klagbar macht; die erwähnte Interpolation führt zu der — an dieser Stelle geschmacklosen — Konstatierung, daß das zur Erfüllung einer naturalis obligatio Geleistete nicht zurückgefordert werden kann (vgl. hierzu Mandry S. 495, Windscheid § 373 N. 17). — Bei der L. 9 pr. D. h. t. ist nach Pernice (Labeo 2,1, 282 N. 2) (usque ad pignoris quantitatem) unecht; daraus folgt, daß nach klassischem Recht eine Pfandbestellung als Bestätigungsakt die einredebehaftete Darlehensrückforderung unbeschränkt heilt; nach Justinian erfolgt jedoch die Heilung nur in Höhe des Pfandwertes.

Ein Unterschied zwischen den Heilungsakten des paterf. factus ist nur darin zu finden, daß das von ihm irrtümlich Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann,[1]) während bei Novation und Pfandbestellung eine Bestätigungsabsicht erforderlich ist, da sie bei irrtümlicher Vornahme gemäß L. 20 D. h. t. — bezw. nach Analogie dieser Stelle — wirkungslos wären.

---

[1]) Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen, vgl. L. 40 D. 12. 6.

II. Obligatio naturalis.

1. Die römische Jurisprudenz interpretierte den Gesetzeswortlaut des SCM dahingehend, daß auch nach Gebrauch der Einrede eine naturalis obligatio übrig bleibe (L. 10 D. h. t.). Warum sie dies für zweckmäßig gehalten hat, wurde bereits unter I. dargelegt. Hier ist nur die formelle Seite der Bestimmung zu prüfen.

Die Klagbarkeit ist kein Wesensmerkmal der Verbindlichkeit; sie kann nur und wird auch in den meisten Fällen ihre Hauptwirkung darstellen. Daß sie es nicht muß, folgt schon aus der Existenz von obligationes naturales, die richtige obligationes sind und als solche eine iusta causa der Erfüllung des Vertrages darbieten. Aus diesem Grunde ist folgende Formulierung Schwanert's (S. 341) mindestens ungenau: „Dieser Ausschluß der actio soll dann aber nicht die ganze obligatio treffen . . .". — Eine Verbindlichkeit, welcher die Klagbarkeit fehlt, nennt man nun eine obligatio naturalis. Eine solche stellt auch das Rückforderungsrecht des creditor contra SCM dar. Die innere Logik dieser Konsequenz wird von — man kann wohl sagen — allen Schriftstellern deshalb für zu gewagt befunden, weil die exceptio senatus consulti Velleiani (L. 2 § 1 D. 16. 1) auch keine natürliche Verbindlichkeit übrig läßt. Dem ist folgendes in aller Schärfe entgegenzuhalten: Das Wesen der exceptio ist materiellrechtlich nicht überall gleich. Beim SCM bedeutet es, wie wir gesehen haben, ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten. Die Interzession der Frau begründet aber weder eine klagbare noch eine erfüllbare Verbindlichkeit, ist also schlechthin nichtig. Kann man nun sagen, daß die Geltendmachung des Rechts aus dem SCM die gleiche ist wie die Geltendmachung des Rechts aus dem SCV? Der Hausvater, der wegen der Darlehensschuld seines Gewaltuntergebenen belangt wird, braucht sich lediglich nicht zwingen zu lassen zur Zahlung; die interzedierende Frau, welche bezahlen wollte, würde hingegen ein indebitum zahlen und kondizieren können (L. 40 D. 12. 6). Ihre exceptio bedeutet daher nicht die Einrede im strengen Sinn — etwa unseres modernen Zivilprozeßrechts —, sondern die Geltendmachung der Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts, wofür man im heutigen Recht etwa eher den Ausdruck „Einwendung" gebrauchen würde. Die stets angezogene Stelle L. 40 cit. begründet den Unterschied der beiden Einreden nach rein inhaltlichem, aber nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten. Gewiß, für den Gesetzgeber war es von Bedeutung, daß das

SCV seinen Zweck durch Bestimmungen eius causa cum quo agitur und das SCM seinen Zweck durch Bestimmungen in odium eius cui debetur zu erreichen sucht. Aber diese Mittel des Gesetzgebers stellen doch nur Motive f ü r die rechtliche Gestaltung beider Gesetze dar, und es darf nur aus dem Gesetz selbst entnommen werden, welchen Willen der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt. Es darf, mit anderen Worten, nur vom Gesetz auf das Motiv, nicht aber vom Motiv auf das Gesetz geschlossen werden. Daß aber aus dem Text des SCV (L. 2 § 1 D. 16. 1) selbst folgt, daß Interzessionen von Frauen nicht nur unklagbar seien — wie schon vor Erlaß des Gesetzes —, sondern überhaupt keine Verbindlichkeit bewirken (cum eas . . . eius generis obligationibus obstringi non sit aequum), hat Huschke (S. 179 folgende) m. E. ausreichend dargetan. Die Ansichten Mandrys (S. 470 ff.), Schwanerts (S. 347) und Dietzels (S. 4), beide Gesetze hätten gleichen Wortlaut, müßten aber dem Willen des Gesetzgebers entsprechend verschieden ausgelegt werden, sind daher zurückzuweisen.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß die Naturalobligation des SCM ihren rechtlichen — und einen anderen gibt es für eine r e c h t l i c h e Betrachtung nicht — Grund im Gesetze selbst hat, das bestimmt, daß den Gläubigern aus dem contra SC gegebenen Darlehen kein Klagerecht zustehe, bezw. ihm eine Einrede entgegengesetzt werden könne. Im folgenden soll zunächst das wesentlichste Merkmal der naturalis obligatio behandelt werden, das darin besteht, daß die einmal geleistete Zahlung eine wirksame Erfüllung des Vertrages darstellt und deshalb vom Schuldner nicht zurückgefordert werden kann.

2. Das Recht der soluti retentio steht dem Gläubiger zu, gleichgültig ob der Haussohn[1]) oder der Interzedent gezahlt hat (L. 9 § 4 D. h. t.), ob die Zahlung in richtiger Erkenntnis der Tragweite dieser Handlung oder aus rechtlichem Irrtum über die Klagbarkeit der Schuld geschehen ist. Letzterer Gesichtspunkt bedarf näherer Ausführung.

Es handelt sich zunächst darum, die bereits oben erwähnte L. 40 D. 12. 6 mit der stark verfälschten L. 9 § 4 D. h. t. in Einklang zu bringen. In der ersteren heißt es:

qui exceptione perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest.

[1]) Die Zahlung des Hausvaters würde als ratihabitio contractus eine solutio c i v i l i t e r debiti sein.

Diesen Grundsatz berichtigt Marcian — und zwar mit einer mangelhaften Begründung, wie wir oben gesehen haben — sofort dahin:

ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur

und zieht ausdrücklich die Vorschrift des SCM unter diesem Gesichtspunkt. Es soll also nur da, wo das Gesetz zum direkten Schutz des Schuldners geschaffen ist, wie z. B. das SCV, eine condictio indebiti möglich sein, nicht auch da, wo es nur dem Gläubiger das Klagerecht nimmt und ihn dadurch vom Darleihen abhalten, also den Haussohn und dessen Vater gewissermaßen nur indirekt schützen will. Wenn nun das unter 1. gewonnene Resultat herangezogen werden darf: Nur bei einer nichtigen Verbindlichkeit kann das Geleistete kondiziert werden, nicht auch bei einer obligatio naturalis. Erst wenn man so auslegt, versteht man die L. 9 § 4 D. h. t. voll und ganz. Bei dieser sind allerdings große Entstellungen wahrzunehmen, deren Charakter aber nur auf Handschriftenfehler, keinesfalls auf Interpolationen schließen läßt. Die Stelle lautet nach der Florentina:

hoc enim et divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros. atquin perpetua exceptione tuti sunt: sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt qui ob poenam creditorum actionen liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.

Huschke (S. 183) hat sie mit richtiger Begründung verbessert in[1]):

hoc enim et divus Hadrianus constituit et non potest dici repetituros ut qui perpetua exceptione tuti sint. sed et filius et tamen non repetit; quia hi demum solutum repetunt, qui non ob poenam creditorum actione liberantur, sed quoniam eos lex exonerare voluit.

Die Stelle will also genau wie die zuerst angezogene besagen: Aus dem bloßen Vorliegen einer exceptio perpetua kann nicht die Möglichkeit einer Kondiktion gefolgert werden. Man muß vielmehr auf die rechtliche Bedeutung der exceptio eingehen: stellt sie die Geltendmachung der Nichtschuld jemandes dar, den der Gesetzgeber absolut von jeder tatsächlichen und rechtlichen Belastung befreien (exonerare) wollte, wie z. B. die interzedierende Frauensperson, ergibt sich

[1]) Gewiß ist, wie Kübler (SZ 42 S. 524) darlegt, atquin nicht allgemein zu verdächtigen; doch ist m. E. die Emendation Huschkes a. a. O. logisch die richtigste.

ja das Rückforderungsrecht aus dem Wesen der Sache; bedeutet sie aber lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht, so kann das trotzdem Geleistete deswegen nicht zurückgefordert werden, weil eine rechtsgültige causa solvendi, die naturalis obligatio, bestand.

Die soluti retentio setzt eine gültige solutio voraus. Daß der paterf. die Darlehensschuld seines Sohnes gültig zahlen kann, ist klar; denn hier liegt sogar Erfüllung einer obligatio zivilis vor, da in der Zahlung des Vaters eine ratihabitio zu erblicken ist. Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob der Haussohn während der Dauer der väterlichen Gewalt seine Schuld gültig aus einem peculium, das in seiner libera administratio steht, begleichen kann. M. E. muß die Frage entgegen der Ansicht der meisten Schriftsteller[1]) bejaht werden. Die L. 40 D. 12. 6 und die L. 7 § 16 D. h. t. wollen nicht besagen, daß der filiusf. nur nach Lösung der väterlichen Gewalt seine Schuld gültig bezahlen könne. Andererseits wird in L. 9 § 4 D. h. t. mit Bestimmtheit auf die Gültigkeit einer Zahlung durch den Haussohn hingewiesen. Es muß sich also irgendein Gesichtspunkt zur Lösung der Frage finden lassen. Die Wurzel der Lösung ist aber in der L. 9 § 1 D. h. t. zu erblicken, wo ausdrücklich die alienatio, die Veräußerungsbefugnis, des Haussohnes als Bedingung einer gültigen Zahlung an den Gläubiger in Erscheinung tritt. Daß aber die alienatio dem filiusf. hinsichtlich eines Pekuliums, das er in freier Verwaltung hat, grundsätzlich zusteht, kann nach L. 18 § 4 D. 13. 7 und L. 12 D. 42. 8 nicht wohl bezweifelt werden. Auch ist in der Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit kein Liberalitätsakt zu erblicken, zu dessen Vornahme die Verwaltungsbefugnis nicht ermächtigen würde. Wenn jedoch hier auch die Ansicht vertreten wird, daß eine Rückforderung etwa des Hausvaters insoweit nicht in Frage kommt, als der Haussohn mit dem peculium in libera administratione seine Darlehensschuld beglichen hat, so kann damit doch eine generelle Entscheidung deshalb nicht getroffen werden, weil es im Einzelfalle Tatfrage ist, wieweit der paterf. seinem Hauskind die Verwaltungsbefugnis zugestanden hat (L. 1 § 1 D. 20. 3).

Anders liegt die Sache, wenn das Hauskind seine Naturalschuld aus einem peculium gezahlt hat, das seiner Verwaltung nicht untersteht, oder mit väterlichem Geld. Hier kann der paterf. die Geldstücke, wenn sie noch vorhanden sind, beim Gläubiger vindizieren (L. 18 D. 12. 1):

[1]) Insbes. Huschkes (S. 183), Dietzels (S. 122), Dueckers (p. 95 sq.), Schwanerts (S. 352), Sibers (S. 55).

si filiusfamilias contra senatus consultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur.

Mandry (S. 508) begründet: „Denn die Naturalschuld des filiusf. ist nicht Schuld des Hausvaters, da ihn die Schulden des Hauskindes nur durch die bei solchen Geschäften versagte adjektizisches Haftung berühren." Dies ist offenbar unrichtig: denn vorliegende Stelle begründet sich doch aus dem Gesichtspunkt der Verfügung eines Nichtberechtigten, aber nicht aus dem der Haftbarkeit des Vaters; die actio de peculio ist ja formell begründet, kann jedoch gegen den Willen des paterf. numquam efficaciter dirigi (L. 6 C. h. t.), muß also erst wie die gegen den Sohn gerichtete condictio certi durch Einrede entkräftet werden. —

Wenn aber der Sohn gezahlt, hierauf seinen Vater, der gestorben ist ohne vindiziert zu haben, beerbt hat und jetzt die Vindikation des Geldes vornehmen will, so steht ihm die exceptio doli entgegen (L. 26 § 9 D. 12. 6). Der innere Grund dieser Bestimmung, die zweifellos eine Parallele zur exceptio rei venditae et traditae darstellt, ist bestritten; hier wird der Ansicht Huschkes (S. 183 f.) beigetreten, die besagt: der Grund der exceptio doli liegt darin, daß der Haussohn seinen eigenen Willen, durch Tradition ex iusta causa (solvendi) Eigentum zu übertragen, anficht. (A. A. Schwanert S. 196).

Wir haben also gesehen, daß einer wohlbegründeten Vindikation gegenüber das naturalis obligationis causa solutum ebensowenig geltend gemacht werden, wie das civilis obl. causa solutum. Anders steht es nach geschehener Konsumption des solutum durch den Empfänger. Hier ist zunächst die bereits oben teilweise zitierte L. 14 D. 12. 1 von größter Wichtigkeit:

. . . si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset . . .

Ulpian läßt also Marcellus ausführen, daß nach Verbrauch des gezahlten Geldes an die Stelle der Vindikation die condictio sine causa nur dann trete, wenn auch bei sofortigem Eigentumsübergang eine actio gegen den Empfänger begründet gewesen wäre: also wenn die Leistung credendi animo gemacht (cf. L. 11 § 2 D. 12. 1) oder ohne jeden Rechtsgrund empfangen wurde. Beides ist bei uns nicht der Fall. Das

Hauskind zahlt solvendi animo und der creditor contra SC empfängt iusta causa. Die Konsumption verpflichtet nur da zum Ersatz, wo sie als grundlose Bereicherung erscheint, bei der Darlehensrückzahlung des Hauskindes ist aber in der obligatio naturalis ein genügender Rechtsgrund gegeben. — Wir kommen also dazu, zu sagen, daß nach (natürlich gutgläubigem!) Verbrauch des an den Gläubiger Gezahlten dem Hausvater des Darlehensnehmers eine condictio nicht gegeben werden kann — ein Ereignis, das den allgemeinen Regeln über Kondiktionen durchaus entspricht.

Wenn hier so nachdrücklich auf die Richtigkeit dieses Ergebnisses hingewiesen wird, so geschieht es deshalb, weil damit die L. 9 § 1 D. h. t.

si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? et ait Julianus, si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere

in unlöslichem Widerspruch stände, wenn man nicht ihre Verderbtheit durch Interpolationen annehmen würde. Wenn die Stelle tatsächlich so richtig wäre, wie sie uns vorliegt, würde der paterf. das, was sein Sohn an den Gläubiger ohne alienatio gezahlt hat, kondizieren können; dies ist aber „ex omni eventu" falsch: denn wenn der Gläubiger das Geld nicht verbraucht hat, kann der Vater vindizieren (L. 14 D. 12. 1) — wenn er es aber verbraucht hat, kann er nicht kondizieren, da weder ein indebitum noch sine causa gezahlt worden ist. Ulpian stellt aber hier ganz offensichtlich nicht die Frage der Rückforderung des Geleisteten in den Mittelpunkt, sondern die Frage, wann eine Veräußerungsbefugnis des Hauskindes vorliegt, die dann den Übergang des Eigentums an den Münzen zur Folge haben würde. Was der filiusf. ohne besondere Abmachung von einem Dritten geschenkt bekommt, fällt als bonum adventicium in sein Eigentum, jedoch steht seinem Gewalthaber daran Verwaltung und Nutznießung zu. Ist aber die Schenkung des Dritten dadurch bedingt, daß durch das Geschenkte das Darlehen zurückgezahlt werden soll, so liegt ein bonum adventicum irregulare des Hauskindes vor, über das es unabhängig vom Willen des Vaters die alienatio hat, das es also auch wirksam dem Zwecke, zu dem es gegeben wurde, zuführen kann. Die L. 9 § 1 D. h. t. müßte also ungefähr so lauten:

si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare possit? et ait Julianus, si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse.

M. E. ist über die bisher vertretenen Ansichten von der Interpoliertheit dieser Stelle[1]) hinaus zu behaupten, daß auch die Worte

. . . videri a donatore profectam protinus ad creditorem et . . .

interpoliert sind, weil sie eine unnötige und nur vulgäre Erklärung der juristischen Konstruktion abgeben, die oben ausreichend klargemacht wurde.

3. Das mutuum contra SC als naturalis obligatio bietet eine genügende causa zur Vornahme einer gültigen Novation. Daß deren Vornahme durch den Hausvater als ratihabitio das ganze Darlehen dem SCM entzieht, ist unbestreitbar; daß sie dieselbe Wirkung hat, wenn der filiusf. nach Lösung der Gewalt durch sie das ehedem einredebehaftete Darlehen bestätigt, ist in L. 2 C. h. t. ausgesprochen und bereits oben näher dargelegt worden. Der sui iuris gewordene Haussohn muß jedoch mit K e n n t n i s der exceptio (L. 20 D. h. t.)[2]) noviert haben: nur dann steht diese der neuen Obligation nicht entgegen. — Bezüglich der Passivdelegation mag eine Verweisung auf die Ausführungen unter C I 2 genügen. Von der Aktivdelegation ist zu sagen, daß sie, wenn durante potestate vom Haussohn vorgenommen, die exceptio unberührt läßt, nach Lösung der Gewalt jedem als wirksame Bestätigung des Vertrags den Wegfall der Einrede bewirkt.

Als echte obligatio kann die Darlehensverbindlichkeit auch durch Bürgschaft und Pfandbestellung gesichert werden (vgl. C I 4). Diese beiden Akte berühren wiederum, soweit sie während der Dauer der väterlichen Gewalt vom filiusf. überhaupt gültig vorgenommen werden können,[3]) die exceptio nur dann, wenn sie vom paterf. factus ausgehen, der durch sie seine Darlehensschuld bestätigen will.

---

[1]) Huschke (S. 185 f.), Siber (S. 57), Beseler (SZ 45 S. 464), Kübler (SZ 29 S. 190 n. 1).

[2]) Darüber, inwieweit die Stelle interpoliert ist, vgl. Vassalli 47, Pernice 2, 1, 240 N. 6; Siber S. 58.

[3]) Was z. B. für die Pfandbestellung von Schwanert S. 354 bestritten wird.

Kann nun der Haussohn seine Verpflichtung aus dem contra SCM aufgenommenen Darlehen gültig konstituieren? Die Frage ist aus folgenden Gesichtspunkten zu bejahen:[1]) ein natura debitum genügt als Grundlage für ein constitutum (L. 1 § 7 D. 13. 5: debitum autem vel natura sufficit). Geht letzteres nun von einem paterf. factus aus, so ist nicht abzusehen, warum man die Worte „vel alias agnovit" in L. 2 C. h. t. nicht in erster Linie auf das constitutum beziehen will. Geht es jedoch von einem filiusfamilias — wozu dieser gemäß L. 1 § 3 D. 13. 5 für fähig erachtet wird — während der Dauer der väterlichen Gewalt aus, so steht ihm gegen die actio constitutae pecuniae ebenfalls die Einrede zu. Das Konstitutum hat also dann obwohl an sich gültig, nicht die Kraft, auf Grund einer klaglosen Verbindlichkeit eine klagbare zu schaffen.

Sehr bestritten ist endlich die Frage, ob die Kompensation bei dem debitum contra SC verwendbar ist. Zunächst ist festzuhalten, daß L. 6 D. 16. 2 sagt:

etiam quod natura debetur, venit in compensationem.

Dagegen kann die L. 14 D. 16. 2

quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt

hier nicht in Frage kommen, da es sich bei uns nicht um eine p e r e m p t i o debiti per exceptionem (w. z. B. im Falle der intercessio mulieris nach SCV) handelt.[2]) Leider fehlt uns, außer den genannten, jede positiv-rechtliche Regelung der Zulässigkeit einer compensatio im Falle des SCM. — M. E. ist sie jedoch aus folgenden Gründen zu bejahen: Der Senatsbeschluß will lediglich verhindern, daß das Hauskind, sein Vater und die Interzedenten jemals zur Leistung rechtlich gezwungen werden können. Im Falle der Kompensation werden sie es nicht: denn die Möglichkeit ihres Eintritts hängt lediglich davon ab, daß sie des Gläubigers Gläubiger werden, was wiederum ohne ihren Willen nicht geschehen kann. Daraus aber, daß durch den Willen der aus dem Darlehen verpflichteten Personen dem Gläubiger die Möglichkeit einer Befriedigung gegeben wird, kann eine Gegensätzlichkeit zu dem Zweck des SCM nicht gefolgert werden — zumal eine Kompensation nur zulässig ist gegen eine vom filiusf. n a c h Aufhebung der väterlichen Gewalt gegen den Darleiher erworbenen actio. Denn wenn letzterer dem ersteren gegenüber

[1]) A. M. u. a. Huschke S. 186 ff.

[2]) Ähnlich Schwanert S. 219. — A. A. Huschke S. 188.

durante potestate eine Verbindlichkeit eingeht, so gehört die auf eine kompensable Leistung gerichtete actio stets dem paterf. und diesem gegenüber dürfte nur kompensiert werden, wenn die Darlehensschuld ihn selbst träfe, was aber nicht der Fall ist.

Aus all dem Gesagten ergibt sich, daß die obligatio ex mutuo contra SCM accepto überall da als wahre obligatio in Erscheinung tritt, wo sie sich ohne actio betätigen kann, d. h. wo ein rechtlicher Zwang auf die aus dem Darlehen Verpflichteten nicht in Betracht kommt. Immerhin bleibt die wichtigste und wirtschaftlich bedeutsamste Wirkung des debitum contra SCM als einer obligatio naturalis die soluti retentio.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Allgemeines

I. Zeit und Anlaß der Entstehung des SCM . . 3
II. Grund und Zweck des SCM 6

B. Voraussetzungen des SCM

I. Darlehensqualität des Vertrages . . . 9
II. Hauskindeigenschaft des Darlehensnehmers . 14
III. Mangelnde voluntas patris familias . . . 20
IV. Mangelnde versio in rem patris . . . 24

C. Wirkungen des SCM

I. Exceptio SCi. M. 29
II. Obligatio naturalis 37